§ 617 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

am 20. Juni 1903

von

Siegfried Schultzenstein
aus Rixdorf.

Berlin
Carl Heymanns Verlag
1903.

§ 617 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

am 20. Juni 1903

von

Siegfried Schultzenstein
aus Rixdorf.

Berlin
Carl Heymanns Verlag
1903.

Lebenslauf.

Am 15. Dezember 1881 wurde ich in Rixdorf als Sohn des damaligen Amtsrichters, jetzigen Oberverwaltungsgerichtsrats Dr. M. Schultzenstein geboren. Ich bin evangelischer Konfession. Nacheinander besuchte ich das Prinz Heinrichs-Gymnasium zu Schöneberg und das Friedrich-Werdersche Gymnasium zu Berlin, an dem ich Ostern 1900 die Reifeprüfung ablegte. Demnächst wandte ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu. Ich studierte die beiden ersten Semester in Lausanne und weitere fünf Semester in Berlin. Rechts- und staatswissenschaftliche Vorlesungen hörte ich während dieser Zeit bei den Herren Professoren Dr.Dr. Erman, Herzen, Roguin und Tourtoulon in Lausanne sowie den Herren Professoren Dr.Dr. Brunner, Burchard, Dickel, Gierke, Goldschmidt, Heilborn, Jastrow, Kahl, Kipp, Kohler, v. Liszt, v. Martitz, Preuß, Schmoller, Schollmeyer, Schwartz, Straßmann, Vierhaus, Wagner, Weber, v. Wenckstern, Wolff und Zahn in Berlin. Allen diesen Herren spreche ich an dieser Stelle meinen wärmsten Dank aus.

Der Tag der mündlichen Doktorprüfung war der 4. Juli 1903.

Die Dissertation gelangt auch im Archiv für Bürgerliches Recht zum Abdruck.

I.

Einleitung.

A. § 617 steht im sechsten, „Dienstvertrag" überschriebenen Titel des siebenten Abschnittes des Rechts der Schuldverhältnisse und lautet:

> „Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht.
>
> Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

§ 617 hat keine Vergangenheit. Dem römischen wie dem gemeinen Rechte sind entsprechende Bestimmungen völlig fremd. Vorboten finden

sich nur in etlichen Gesindeordnungen, im Schweizer Obligationenrechte und in gewisser Beziehung im Krankenversicherungsgesetze.

Auch die Entstehungsgeschichte des § 617 im B.G.B. bis zu seiner heutigen Gestaltung reicht — ein kurzer Gang durch die Materialien zeigt es — nicht weit zurück.

§ 617 ist eine Neuerung der Reichstagskommission. Weder der erste Entwurf, der in seinen acht nach Umfang und Inhalt höchst dürftigen Paragraphen über den Dienstvertrag außer in § 562, dem heutigen § 616, keines der großen sich an den Dienstvertrag knüpfenden wirtschaftlichen Probleme zu lösen auch nur versucht hatte,[1]) noch der zweite Entwurf enthalten entsprechende Vorschriften. Zwar waren in letzterem rein äußerlich aus den acht Paragraphen achtzehn geworden und auch inhaltlich viele soziale Reformgedanken aufgenommen. Vor allem war man jetzt endlich der Frage nach einer Ergänzung der staatlich geregelten Fürsorge für die Arbeiter durch eine gesetzlich angeordnete, dem Dienstberechtigten auferlegte Fürsorge für das körperliche Wohl des Dienstverpflichteten[2]) in ernster Weise näher getreten. Der § 558 — § 618 Abs. 1 B.G.B. in fast gar nicht veränderter Gestalt — war das gewiß nicht unbedeutende Ergebnis.

Weiter war man aber nicht gegangen. Ein Vorläufer des § 617

---

[1]) Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen S. 104; Jakobi im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 4 S. 161; Fuld bei Gruchot Bd. 35 S. 56; Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht S. 247, hat wohl als erster das Fehlen einer dem heutigen § 617 entsprechenden Vorschrift im Entwurfe hervorgehoben und getadelt: „So enthält er denn namentlich auch nicht einen einzigen Rechtssatz, welcher für die mit dem Eintritt in die Hausgemeinschaft verbundenen Dienstverhältnisse etwas besonderes anordnete. Keinerlei Fürsorgepflicht in Krankheitsfällen, wie sie hier z. B. das Schweizer Obligationsrecht Art. 341 Abs. 2 kennt, wird dem Dienstherrn auferlegt." Die heutige Gestaltung zeigt, wie rückständig Plancks Entgegnung — im Archiv für Zivilistische Praxis Bd. 75 S. 408 — auf diesen berechtigten Vorwurf war.

[2]) Wir wählen wegen seiner Weitläufigkeit nicht den in § 613 B.G.B. gebrauchten Ausdruck „der zur Dienstleistung Verpflichtete", wegen seiner Farblosigkeit nicht die sich in den §§ 615, 618 B.G.B. findende Bezeichnung „Verpflichteter", sondern den Ausdruck „Dienstverpflichteter"; Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 2 Abt. 2 S. 387 und Planck, Kommentar Bd. 2 S. 350ff. nennen ihn „Dienstpflichtiger". Zu einer solchen sprachlichen Neubildung liegt jedoch, da das Gesetz selbst vom „Verpflichteten" redet, kein Grund vor.

fehlte noch vollkommen. Allerdings hatte man, wie aus den Protokollen ersichtlich ist,[3]) schon nach dem ersten Entwurfe ziemlich eingehend beraten, ob der Dienstberechtigte, falls der Dienstverpflichtete in häuslicher Gemeinschaft mit ihm lebe, gehalten sein solle, jenem im Erkrankungsfalle Kur und Verpflegung zu gewähren, bezw. die Kur- und Verpflegungskosten zu ersetzen. Diesbezüglich waren auch verschiedene Anträge gestellt worden. Man hatte sie jedoch durchweg abgelehnt.

Wieder aufgenommen — und diesmal mit mehr Glück — wurde die Beratung über § 617 in der Reichtagskommission.[4]) Ihr wurden verschiedene Anträge vorgelegt, dem § 609 — jetzt § 616 — einen zweiten Absatz mit dem Inhalt, den heute § 617 hat, hinzuzufügen. Der Antrag wurde mit allen gegen zwei Stimmen angenommen. Er bekam in § 609a die erforderliche Gesetzesform und wurde auch in der zweiten Lesung unter Ablehnung sämtlicher Abänderungsanträge beibehalten. Ebenso erging es ihm in den Plenarsitzungen des Reichstages. Hier wurde § 609a nochmals einer Beratung unterzogen, in letzter Stunde nochmals manches Bedenken gegen ihn erhoben und nochmals mancher Änderungsantrag eingebracht, ihm aber doch endlich seine ursprüngliche Gestalt gelassen. Als § 617 ging er in das Bürgerliche Gesetzbuch über.

B. Mit Aufnahme der durchgreifenden Bestimmung des § 617 war ein bedeutsamer Gegensatz zu der rückständigen Regelung des Dienstvertrages im ersten und zweiten Entwurf eingetreten. Dem Gedanken, der dieser Vorschrift zu Grunde lag, wurde aber noch ein weiterer Spielraum gegeben. Vor allem stellen die Einfügung des zweiten Absatzes des § 618 und die Schaffung des § 629 hervorragende Neuerungen dar. Erst jetzt darf daher — hauptsächlich dank der Annahme des § 617 — gesagt werden, daß für den Dienstvertrag die Beziehungen zwischen den besitzenden und den besitzlosen Klassen so günstig geregelt sind, als das in den engbegrenzten Schranken der privatrechtlichen Ordnung bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt nur möglich war.[5])

---

[3]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn Bd. 2 S. 284—289.

[4]) Reichstagskommissionsbericht S. 83, 84.

[5]) Vgl. dazu Kohler, Bürgerliches Recht, in seiner und Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 568.

C. § 617 ist zweifellos als Eckpfeiler der ganzen Bestrebungen hinsichtlich des Schutzes der Dienstverpflichteten anzusehen. Nicht mit Unrecht sind seine Vorschriften als die „vielleicht wichtigsten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches" und „als Beweis der modernen, sozialpolitischen Färbung des Gesetzbuchs" bezeichnet worden.[6])

Man sollte deshalb meinen, daß er einen bevorzugten Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung gebildet hat und noch bildet. Diese Vermutung ist falsch. § 617 hat bisher noch keine seiner Bedeutung entsprechende Behandlung in der Literatur gefunden. Die Lehrbücher über Bürgerliches Recht berühren ihn entweder nur oberflächlich oder bescheiden sich mit einem kurzen Hinweis auf ihn und meist wörtlichem Abdruck. Die Kommentare gehen auf die mannigfaltigen in § 617 sich bietenden Probleme nicht tiefer ein und geben keine endgültige Klärung. Eine Monographie ist noch nicht vorhanden. Auch die bisherige Rechtsprechung gewährt nur eine sehr geringe Ausbeute.

Ebenso steht es mit den Werken, die sich mit dem Arbeiter- und Gesinderechte befassen, mit denen, welche für das Handelsrecht auf § 617 hinweisen, mit denen, welche die Volkswirtschaftspolitik darstellen, und mit denen, welche die Arbeiterkrankenversicherung behandeln. Nur Lotmar hat in dem bis jetzt erschienenen ersten Bande seines großzügigen und tief angelegten Werkes „Der Arbeitsvertrag" an verschiedenen Stellen den § 617 ausführlicher behandelt, ohne jedoch — wie das im Rahmen eines derartigen Buches auch ganz unmöglich war — alle hier einschlägigen Fragen zu erörtern und den § 617 als Ganzes im Zusammenhange mit verwandten Materien zu betrachten.

Dem gegenüber sucht die nachstehende Abhandlung ihren Gegenstand möglichst erschöpfend zu erledigen. Es ist das Reichsrecht stets da, wo Aufschlüsse von ihm zu erwarten waren, berücksichtigt worden. Auch ist das Landesrecht, das grundsätzlich ausscheiden mußte, trotzdem immer, wo es nützlich erschien, in Betracht gezogen. Endlich ist nicht unterlassen, für den § 617 hier und da volkswirtschaftliche Erkenntnisse zu verwerten, wie das W. Endemann in seiner Schrift „Behandlung der Arbeit im Privatrecht" für alle mit diesem Thema sich befassenden Arbeiten so warm empfohlen und Lotmar in seinem oben erwähnten Buche in

---

[6]) Reichstagsplenarsitzungsprotokolle, Guttentagsche Ausgabe, S. 341 und Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. 1 S. 449.

umfassendster Weise getan hat. Da aber unsere Untersuchung sich auf bisher wenig betretenem Pfade bewegt und Wissenschaft wie Rechtsprechung noch allzu oft im Stiche lassen, so ist nicht zu erwarten, daß die anerstrebte Vollständigkeit auch wirklich erreicht ist.

Erörterung und Beantwortung von Fragen, die sich nicht unmittelbar aus den Besonderheiten des § 617 ergeben, sondern ebensogut bei anderen Rechtsverhältnissen aufgeworfen werden können, sind natürlich ausgeschlossen.

II.

Konstruktion des Fürsorgeverhältnisses.

Vor einer näheren Erläuterung über Voraussetzungen, Inhalt, Wegfall, zwingenden Charakter und Verletzung der Verpflichtung des Dienstberechtigten ist auf die Konstruktion des durch § 617 geschaffenen Fürsorgeverhältnisses einzugehen.

A. Sicher ist, daß das Fürsorgeverhältnis nicht auf einer Willensbetätigung der Beteiligten beruht. Sein Entstehungsgrund ist weder ein Vertrag noch eine unerlaubte Handlung. Ipso jure, ohne jegliche Bestimmung im Dienstvertrage, tritt das Rechtsverhältnis, das in Rede steht, zu Tage. Das drückt der Gesetzgeber selbst mit klaren Worten aus. Er redet in § 619 B.G.B. nicht von „Vereinbarung" und nicht etwa wie die Gew.O. in § 133 c Abs. 2 und in § 133 d Nr. 2 von „vertragsmäßigen Leistungen", sondern von dem Dienstberechtigten nach § 617 obliegenden „Verpflichtungen". Das Fürsorgeverhältnis ist demnach eine obligatio ex lege. Es ist eine Zustandsobligation „ex re actio venit" (l. 46 D. 44, 7).

Die Bezeichnung als obligatio ex lege ist für das durch § 617 geschaffene Rechtsverhältnis besonders zutreffend. Nicht nur der Tatbestand, an welchen es geknüpft ist, auch sein Umfang und sein Inhalt sind durch das Gesetz bestimmt.

B. Die Gruppe der auf andere Tatbestände als Vertrag und unerlaubte Handlung gegründeten Obligationen ist im modernen Rechte eine große. Es entsteht daher das Bedürfnis, die obligatio ex lege nach § 617 näher zu charakterisieren. Zu untersuchen ist, wie der Gesetzgeber dazu kommt, aus einem Dienstverhältnisse nach § 617 eine derartige Legalobligation herzuleiten. Die Beziehungen zwischen dem Dienst-

berechtigten und dem Dienstverpflichteten, welche dieser Legalobligation die Unterlage geben, sind also festzustellen.

1. Die Legalobligation nach § 617 beruht nicht auf dem Gedanken, daß die Verpflichtung des Dienstberechtigten sich keineswegs in der Lohnzahlung erschöpft, dieser vielmehr — etwa nach Analogie der Sachmiete (§ 556 Abs. 1 B.G.B.) oder des Darlehns (§ 607 Abs. 1 B.G.B.) — auch dafür haftet, daß der Wert der ihm gegen Entgelt überlassenen Arbeitskraft bei der Rückgabe unverändert ist.

Die Schwächen dieser, allerdings für § 617 nicht ausdrücklich aufgestellten und vertretenen Ansicht sind zu offensichtlich, als daß sie einer Hervorhebung bedürfen.[7])

2. Nach einer anderen Theorie sind die Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem dessen häusliche Gemeinschaft teilenden Dienstverpflichteten keineswegs nur geschäftlicher Art. Durch das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft ist nach ihr vielmehr ein familienrechtliches Verhältnis begründet, welches eine moralische Verpflichtung des Dienstberechtigten bedingt, seine mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Dienstverpflichteten ebenso wie andere Familienmitglieder in Krankheitsfällen zu unterstützen.[8])

Daß eine sich aus einem familienrechtlichen Verhältnis ergebende moralische Verpflichtung zu einer im Wege des Prozesses erzwingbaren Rechtspflicht erhoben werden kann, ist an sich zulässig und unbestreitbar. Man denke nur an die Unterhaltungspflicht zwischen Eltern und Kindern, welche doch fast ausschließlich auf sittlichen Gründen beruht und dennoch zu einer Rechtspflicht erklärt ist. Fraglich dagegen ist, ob ein solches familienrechtliches oder auch nur familienähnliches Verhältnis wirklich besteht. Das ist zu verneinen.

Selbst wenn man davon absieht, daß der Begriff Familie heute den Kreis der durch Ehe oder Abstammung verbundenen und nicht mehr wie im römischen Rechte die Gesamtheit der der hausherrlichen Gewalt

---

[7]) Vgl. dazu Menzel im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 339, 340.

[8]) Protokolle Bd. 2 S. 285 ff.; Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 S. 356 Anm. 2; Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., Bd. 1 S. 621; Lindenberg, Das Preußische Gesinderecht, 6. Aufl., S. 86; Schneider-Fick, Das Schweizer Obligationen-Recht, 2. Aufl., S. 531 Anm. 10 zu § 341, dessen 2. Abs. sich inhaltlich im wesentlichen mit § 617 deckt und auch für diesen zum Vorbild gedient hat (siehe Protokolle Bd. 2 S. 285).

unterworfenen Personen bedeutet, so würde eine familienrechtliche Auffassung den tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen in keiner Weise entsprechen. Ein unbefangener Beurteiler wird nicht in Abrede stellen können, daß das Verhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten nach Art und Umfang völlig verschieden von demjenigen ist, welches etwa zwischen dem Familienhaupt und seiner Gattin sowie seinen Kindern oder selbst zwischen dem Vormund und seinem Mündel besteht.[9])

Ferner widerstreitet der Annahme eines familienrechtlichen Verhältnisses als Hauptgrund der Umstand, daß heute der Hausherr nicht verpflichtet ist, seine bei ihm lebenden Seitenverwandten oder Verschwägerten, also nicht einmal seine Geschwister, in Krankheitsfällen zu unterstützen (§§ 1360, 1601 B.G.B.), obwohl hier wegen des nach den Bestimmungen des Familienrechts gesetzlich bestehenden Familienbandes (§ 1589 Abs. 1 B.G.B.) in weit höherem Maße als gegenüber den die häusliche Gemeinschaft teilenden Dienstverpflichteten eine rechtliche Pflicht am Platze wäre.[10])

Außerdem könnte noch angeführt werden, daß bei Bestehen eines familienrechtlichen Charakters folgerichtig wie bei der im Familienrechte geregelten Unterhaltungspflicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten dem Dienstberechtigten keinen Einwand gegen den Anspruch desselben geben dürfte und der Dienstberechtigte während der ganzen Dauer der Erkrankung, nicht nur bis zur Dauer von sechs Wochen, für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung sorgen müßte,[11]) und daß man dann auch die Dienstverpflichteten mit genau demselben Rechte zu den „Familienangehörigen" des § 1969 B.G.B. zu zählen hätte, was zweifellos nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt ist.[12])

---

[9]) Dazu Menger a. a. O. S. 107; Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse S. 331 Anm. e. Erwähnt sei noch, daß im Reichstag — allerdings wohl mehr in ironischer als stichhaltiger Weise — geltend gemacht wurde, das Betonen des familienrechtlichen Verhältnisses habe für den bei schmalem Lohn und schlechter Behandlung arbeitenden Dienstverpflichteten etwas Aufreizendes und sei schon deshalb zu verwerfen, vgl. Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 345.

[10]) Prokolle S. 287; Laß im Preußischen Verwaltungsblatte Bd. 23 S. 18 Anm. 7.

[11]) Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 344, 345.

[12]) Siehe z. B. Frommhold, Das Erbrecht Anm. 2 zu § 1969 und Kuhlenbeck in Bd. 2 seines Kommentars Anm. 2 zu § 1969.

Endlich ist das Kriterium des Bestehens der häuslichen Gemeinschaft für die Begründung eines familienrechtlichen Verhältnisses zu verwerfen. Einerseits gibt es familienrechtliche Verhältnisse ohne häusliche Gemeinschaft, andererseits ist es da, wo eine solche vorhanden ist, willkürlich, auf sie den familienrechtlichen Charakter zurückzuführen und diesen deshalb bei allen Dienstverhältnissen mit häuslicher Gemeinschaft anzunehmen. Dagegen läßt sich auch der Gesindedienstvertrag nicht anführen. Der ihm nach altem Rechte zugeschriebene familienrechtliche Charakter [13]) — der übrigens in letzter Zeit mit Recht bestritten wird [14]) — folgt nicht aus der hier bestehenden häuslichen Gemeinschaft, sondern aus seiner besonderen Natur, die dem Dienstverhältnisse nach § 617 an sich nicht innewohnt.[15])

3. Von einem ähnlichen Gesichtspunkte geht Dernburg aus.[16]) Er betrachtet das Fürsorgeverhältnis als Korrelat zu einem durch den Dienstvertrag geschaffenen Treuverhältnisse. „Der Treupflicht des Dienstschuldners", so erklärt er, „entspricht die Fürsorgepflicht des Dienstherrn".

Diese von Dernburg angenommene persönliche Diensttreue ist nirgends im B.G.B. erwähnt. Dernburg gibt dies zu, stellt jedoch den Satz auf: „Auch unausgesprochen gehört dem deutschen Dienstrechte persönliche Treue an." Woraus aber diese Treupflicht zu schließen ist, von welchen Tatbestandsmerkmalen sie abhängt, wie sie sich bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft äußert, — alles das ist nicht ersichtlich und wird nicht gesagt.

Dernburgs Konstruktion ist abzulehnen.[17]) Sie atmet den Geist vergangener Zeiten. Mit Hülfe des argumentum e contrario muß man annehmen, daß sowohl für den Dienstvertrag im allgemeinen wie

---

[13]) Für Preußen ist im A.L.R. das Gesinderecht dem Familienrecht angegliedert (II. 5). Vgl. dazu Koch, Allgemeines Landrecht Bd. 3 S. 505 Anm. 5; Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Ober-Tribunals Bd. 4 S. 702.

[14]) Zürn, Handbuch des Preußischen Gesinderechts S. 7.

[15]) Protokolle Bd. 2 S. 287.

[16]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 2 Abt. 2 S. 393.

[17]) So auch Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 643; weniger entschieden Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1, 8. Aufl., S. 1088 Anm. 4, wo es heißt: „Ob mit dem Dienstverhältnis auch ein gewisses Treuverhältnis verbunden ist, und welchen Inhalt dieses hat, ist nach dem einzelnen Falle zu beurteilen."

für § 617 im besonderen vom Gesetzgeber eine persönliche Treupflicht nicht gewollt ist. Denn sonst wäre sie im B.G.B. erwähnt, ähnlich wie in § 72 Ziff. 1 H.G.B., welcher von der Untreue des Handlungsgehülfen spricht, damit also eine Treupflicht desselben voraussetzt, oder wie in § 64 der Preuß. Ges.O. von 1810, welcher das Gesinde verpflichtet, „seine Dienste treu, fleißig und aufmerksam zu verrichten", oder wie in der Gew.O., deren § 127a von dem Lehrling „Folgsamkeit und Treue" fordert, und deren § 133c gegenüber den in § 133a bezeichneten Personen eine Aufhebung des Dienstverhältnisses gestattet, „wenn sie im Dienste untreu sind".

Auch kann die von Dernburg angenommene Treupflicht nicht aus § 242 B.G.B. hergeleitet werden. Denn „Treu und Glauben" haben hier einen ganz anderen Sinn und sind für die Leistung jedes Schuldners maßgebend, selbst des Schuldners, der durch unerlaubte Handlung zum Schuldner geworden.

Endlich ließe sich gegen die in Rede stehende Theorie noch § 618 Abs. 1 B.G.B. heranziehen, der zweifellos ohne eine „persönliche Beziehung", ohne eine „Treupflicht", den Dienstberechtigten zu einer zwar präventiven, aber doch in mancher Beziehung ähnlichen Fürsorge verpflichtet.[18])

4. Verfehlt ist auch, das durch § 617 geschaffene Fürsorgeverhältnis auf eine Herrschaft des Dienstberechtigten über den Dienstverpflichteten zurückzuführen.[19]) Diese Auffassung trifft nicht das Richtige. Mit gleichem Rechte könnte man dann sagen, die Unterhaltspflicht des Mannes der Frau gegenüber (§ 1360 B.G.B.) entspringe der eheherrlichen Gewalt. Dereinst bestanden freilich hier wie dort

---

[18]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag S. 266 Anm. 1.

[19]) So Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 643. Ebenso Menger a. a. O. S. 107ff., der allerdings den § 617 bei Abfassung seines Buches (1890) noch nicht gekannt hat. Er erklärt, daß bei Dienstverhältnissen, „welche die Tätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen, wie namentlich bei den Verhältnissen des städtischen und ländlichen Gesindes", der Dienstverpflichtete der Gewalt des Dienstberechtigten nicht nur nach einer bestimmten Richtung hin, sondern mit seiner ganzen Persönlichkeit unterworfen würde. Daher sei überall da, wo ein privatrechtlicher Vertrag ein solches Herrschaftsverhältnis bedinge, ein Anlaß zu selbsttätigem Eingreifen des Staates für die Gesundheit des Dienstverpflichteten geboten.

wirkliche Gewaltverhältnisse. Aber nicht mehr heute. Das B.G.B. gibt dem Manne keine eheherrliche Gewalt, kein Mundium oder Quasimundium über die Frau,[20]) und nach § 617 besteht kein Gewaltverhältnis, kraft dessen der Dienstberechtigte — wie kraft der elterlichen Gewalt seinen Kindern gegenüber (§ 1627 B.G.B.) — in Zeiten der Arbeitsunfähigkeit die Unterhaltung seiner Dienstverpflichteten zu übernehmen hat.[21]) Der Dienstvertrag verpflichtet nach § 611 B.G.B. nur zu den einzelnen Dienstleistungen. Die Tage der Hörigkeit sind vorüber.[22]) Richtig ist, daß bei Eingehung des Dienstvertrages der Dienstberechtigte regelmäßig das materielle Übergewicht haben wird und ein „Abhängigkeitsverhältnis" (§ 825 B.G.B.) vorliegt. Ein „Abhängigkeitsverhältnis" begründet aber als solches noch keine Fürsorgepflicht. Andernfalls müßte überall da, wo sonst noch Abhängigkeitsverhältnisse bestehen, gleichfalls eine Fürsorgepflicht gegeben sein. Das ist nicht der Fall.

Gegen die Annahme eines Gewaltverhältnisses und einer sich auf ihn gründenden Fürsorgepflicht spricht ferner der Umstand, daß von Mitteln zur Ausübung der Gewalt weder in § 617 noch anderswo irgendwie die Rede ist. Gewaltverhältnisse finden sich allein in einigen besonderen Anwendungsfällen des Dienstvertrages, z. B. früher bei den Gesindeverträgen nach den Gesindeordnungen mit gesetzlich anerkanntem Züchtigungsrecht — das jetzt jedoch durch Art. 95 E.G.B.G.B. aufgehoben ist — und heute bei dem gewerblichen Lehrvertrag, nach dem der Lehrling der „väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen" ist (Gew.O. § 127a). Das sind aber Ausnahmen. Sie bestätigen die Regel, d. h. das Nichtvorhandensein eines Gewaltverhältnisses.

Endlich könnte auch hier wieder § 618 Abs. 1 B.G.B. herangezogen werden, der doch sicherlich kein Gewaltverhältnis, ja nicht einmal ein Abhängigkeitsverhältnis voraussetzt und trotzdem ein Fürsorgeverhältnis begründet.

5. Die besprochenen Theorien kranken alle daran, daß sie sämtlich in der persönlichen Stellung des Dienstberechtigten zum Dienstverpflichteten den alleinigen Grund der Legalobligation sehen, daß sie

---

[20]) So durchaus zutreffend Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 4 S. 7ff. und S. 180ff.

[21]) Richtig Endemann, Lehrbuch Bd. 1 S. 1088.

[22]) Dazu Conrad, Volkswirtschaftspolitik, 3. Aufl., S. 269, 524; Mombert in Dammes Handbuch der Arbeiterwohlfahrt Bd. 2 S. 320ff.

sämtlich die Verpflichtung des Dienstberechtigten als Ausfluß des Dienstvertrages betrachten. Das ist verfehlt. Zu einem richtigen Ergebnisse kann man nur kommen, wenn man den Grund außerhalb des Dienstvertrages sucht und nur einen tatsächlichen, nicht einen begrifflichen Zusammenhang des Fürsorgeverhältnisses mit dem Dienstverhältnisse annimmt.

§ 617 bildet die Ausfüllung einer Lücke der reichsrechtlichen Krankenversicherung. Der gleiche Gedanke, welcher dem Krankenversicherungsgesetze vom 15. Juni 1883 zu Grunde gelegen hat, muß auch ihn beherrschen. Auch in § 617 ist ein Ausgleich zwischen Arm und Reich durch eine Fürsorge für die wirtschaftlich Schwachen bezweckt, eine Heilung sozialer Schäden auf dem Wege der positiven Förderung des Wohles der Arbeiter das Endziel und ein im allgemeinen Rechtsbewußtsein schon erwachsenes Recht zum Gesetz erhoben und ausgestattet: das Recht des zumeist besitz- und hülflosen Dienstverpflichteten auf ein Mindestmaß von Fürsorge in Krankheitsfällen, fußend auf einer rechtlichen Verpflichtung der Gesellschaft zu möglichster Ausgleichung derjenigen Übelstände, welche aus ihrer eigenen Organisation unvermeidlich entspringen.[23])

Die durch § 617 geschaffene Legalobligation muß daher nicht als eine auf familienrechtlichen oder dienstvertraglichen, sondern — analog dem Versicherungsverhältnisse nach dem Krankenversicherungsgesetze — als eine auf sozialpolitischen Beziehungen zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten beruhende Legalobligation konstruiert werden. Das Bestehen des Dienstvertrages mit seinen in § 617 vorgeschriebenen Erfordernissen ist mithin nur ihre tatsächliche, auf Zweckmäßigkeitsgründe, die aus Erwägungen der verschiedensten Art entsprungen sein können, zurückzuführende Voraussetzung, nicht ihr Rechtsgrund.

Man könnte einwenden, die Konstruktion einer derartigen sozialpolitischen Legalobligation sei dem B.G.B. völlig fremd. Dies trifft nicht zu. Als Beispiel diene die Unterstützungspflicht des Vaters gegenüber seinem unehelichen Kinde (§ 1708 B.G.B.). Auch dieses Rechtsverhältnis ist eine sozialpolitische Legalobligation. Denn

[23]) Vgl. dazu Hahn, Das Krankenversicherungsgesetz S. 5; Wasserrab, Soziale Politik im Deutschen Reich S. 39 ff. und Kohler in Encyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 571.

es liegt — ganz abgesehen von der unhaltbaren, seit dem vorigen Jahrhundert viel vertretenen,[24]) heute mit Recht vom B.G.B. (Art. 21 E.G.B.G.B.) verworfenen Konstruktion der Haftung aus einer unerlaubten Handlung und der ebenso unhaltbaren, gleichfalls von einer großen Anzahl von Juristen verteidigten Konstruktion der Haftung „aus der Tatsache der Zeugung“ [25]) — einerseits kein familienrechtliches Verhältnis vor, da einmal der Vater nicht als mit dem unehelichen Kinde verwandt gilt (§ 1589 Abs. 2 B.G.B.), obwohl einige familienrechtliche Wirkungen stattfinden (§§ 1310, 1708 ff., 1719 ff. B.G.B.),[26]) ferner verwandtschaftliche Unterhaltsansprüche Gegenseitigkeit erheischen (§§ 1360, 1601 B.G.B.), endlich die Unterhaltsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters, wenn sie aus einer von den Personen untrennbaren, nur auf der Verwandtschaft beruhenden Zustandsobligation herrühren soll, ebenso wie die des ehelichen Vaters unvererblich sein muß, was nicht der Fall ist (§ 1712 B.G.B.). Andererseits besteht auch kein Gewaltverhältnis. Der Vater ist nicht befugt, in die Erziehung des Kindes einzugreifen, wie etwa der Vormund gegenüber dem Mündel, selbst nicht in der Zeit, während der er dem Kinde Unterhalt gewährt,[27]) und hat keine Bestimmungsbefugnis über die Verwendung der Mittel des Unterhaltes, zu dessen Reichung er verpflichtet ist.[28]) Auch ist die Unterhaltspflicht wie die Fürsorgepflicht (§ 619 B.G.B.) der Parteiverfügung entzogen

---

[24]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Aufl., 2. Bd. S. 1002 Anm. 18 und die dort Angeführten.

[25]) Näheres Meyer bei Gruchot Bd. 34 S. 610 ff.

[26]) A. A. die herrschende Meinung, z. B. Kuhlenbeck, Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl., Anm. 1 zu § 1708; Weidlich im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 21 S. 38 ff.; Meyer bei Gruchot Bd. 34 S. 612 ff. und die dort Angeführten. Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 4 S. 282, 283 stellt sich gleichfalls auf den Boden der Verwandtschaftstheorie, kommt aber der richtigen Ansicht dadurch sehr nahe, daß er hinzufügt, „die mächtige soziale Strömung der neuern Zeit“ habe zur Befürwortung der Ansprüche der unehelichen Kinder gegen ihren Erzeuger geführt. Erwähnt sei noch, daß auch die Motive zu § 1571 S. 874 erklären: „Die fragliche Unterstützungspflicht stützt der Entwurf auf die wirkliche Vaterschaft und behandelt sie daher als eine familienrechtliche.“ Richtig Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 195 Anm. 20 und Wohlers-Krech, Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, 9. Aufl., S. 279.

[27]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, 3. Aufl., S. 587.

[28]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht Bd. 4 S. 286.

(§ 1714 B.G.B.). Man hat es also hier mit einer Legalobligation zu tun, deren Rechtsgrund derselbe ist wie in § 617. Er ist in sozialpolitischen Beziehungen zwischen dem Vater und dem unehelichen Kinde zu suchen. Ein Unterschied zu § 617 liegt nur darin, daß in § 1708 die uneheliche Vaterschaft, in § 617 ein Dienstverhältnis mit den dort aufgezählten Erfordernissen die tatsächliche Voraussetzung bildet.

Zu Gunsten der Konstruktion des durch § 617 geschaffenen Fürsorgeverhältnisses als einer sozialpolitischen Legalobligation ließe sich endlich vielleicht auch noch folgendes anführen. Zu § 562 des ersten Entwurfes, — dem heutigen § 616 in etwas veränderter Gestalt — der in seiner damaligen Fassung wie jetzt § 617 ein dauerndes, die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendes Dienstverhältnis verlangte, sagen die Motive,[29]) daß die Verpflichtung des Dienstberechtigten „auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität" beruhe, sich also nicht aus dem Dienstvertrag als Rechtsgrund ergibt.

C. Die dargelegte Konstruktion des durch § 617 geschaffenen Rechtsverhältnisses als sozialpolitische Legalobligation ist wohl von theoretischer, nicht aber von hervorragender praktischer Wichtigkeit. Immerhin knüpfen sich jedoch an sie einige Folgen. Diese werden sich zum Teil erst später bei der Erläuterung des § 617 im einzelnen zeigen. Hier seien nur folgende zwei Punkte, die von allgemeinerer Bedeutung sind, hervorgehoben.

a) Festzuhalten ist, daß man sich, ebenso wie bei der Auslegung des Krankenversicherungsgesetzes, so auch bei der Auslegung des § 617 seiner hohen ethischen Aufgabe und seines sozialpolitischen Zweckes bewußt bleiben und bei der praktischen Anwendung seiner Normen ein von dem Geiste dieser wichtigen Bestimmung getragenes, freies und billiges Ermessen walten lassen muß. Eine Gesetzesvorschrift, welche aus bestimmten sozialpolitischen Gründen einen gewissen Berufszweig günstig stellen wollte, wird nur dann voll erfüllt, wenn man sie ausdehnend interpretiert.[30])

b) Ferner ist unsere Konstruktion von Wichtigkeit für die Frage nach dem rechtlichen Charakter des sich aus der sozialpolitischen Legal-

[29]) Motive Bd. 2 S. 463.

[30]) Vgl. dazu Hahn a. a. O. S. 9 und Gerhard in Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts Bd. 8 S. 96.

obligation ergebenden Anspruches des Dienstverpflichteten auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung. Da nach ihr sich das Fürsorgeverhältnis aus dem Dienstvertrag als völlig selbständiges sozialpolitisches Rechtsverhältnis heraushebt, so muß — ein Beweis für die Richtigkeit unserer Auffassung — ihr auch ein völlig selbständiger sozialpolitischer Anspruch entspringen. Das ist der Fall. Und zwar aus folgenden Gründen:

1. Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist nicht ein Teil des Anspruchs auf die Vergütung für die geleisteten Dienste.[31])

Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung stellen sich weder als Geldvergütung dar, — das dürfte zweifellos sein — noch sind sie als Naturalvergütung anzusehen. Zwar haben sie mit letzterer gemeinsam, daß auch sie in der Regel während des Dienstverhältnisses zu leisten sind. Das ist aber auch der einzige Berührungspunkt. Im übrigen unterscheiden sie sich von ihr in mannigfaltigen Beziehungen.

α) Vergütung ist Entgelt für solche Nachteile, „die jemand mit seinem Willen und völlig rechtmäßig erleidet".[32])

In § 617 handelt es sich um einen Nachteil, den der Dienstverpflichtete gegen seinen Willen erlitten hat.

β) Die Festsetzung der Vergütung für geleistete Dienste unterliegt der freien Vereinbarung der Parteien.

Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung sind keine „vereinbarte" (§ 611 B.G.B.) und auch keine „stillschweigend vereinbarte" Vergütung (§ 612 B.G.B.). Eine Inhaltsbestimmung des Dienstvertrages braucht ihr nicht zu entsprechen. Ein Vertrag, der sie aufhebt oder beschränkt, ist nichtig (§ 619 B.G.B.).

γ) Der Gewährung von Vergütung ist eigentümlich, daß ihr Umfang in einem absoluten oder relativen Verhältnisse zum Umfang der Arbeit steht.

Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist unabhängig von den geleisteten Diensten und richtet sich nur nach der Krankheit.

---

[31]) Dieser Ansicht sind Protokolle Bd. 2 S. 487, Laß a. a. O. S. 18 Anm. 7.

[32]) Cosack, Lehrbuch Bd. 1, 4. Aufl., S. 327.

δ) Nach § 611 B.G.B. ist das Dienstverhältnis durch zweierlei bedingt: durch Leistung der versprochenen Dienste und durch Gewährung der vereinbarten Vergütung. Die Endigung des Dienstverhältnisses muß stets beide Parteien und beide Leistungen treffen. Das Dienstverhältnis kann nicht in Ansehung der einen Partei oder Leistung fortdauern, in Ansehung der anderen aber aufgehoben sein. Recht auf und Pflicht zur Dienstleistung und Recht auf und Pflicht zur Vergütung gehen in dem gleichen Augenblick unter. Das Dienstverhältnis ist ein Entgeltverhältnis der von den Parteien einander zu machenden Leistungen. Sind keine Dienste mehr zu leisten, so sind auch keine Dienste mehr zu entgelten.

Dagegen kann die Verpflichtung zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung auch nach der rechtlichen Endigung des Dienstverhältnisses fortdauern, wenngleich sie für gewöhnlich nur „bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus" reicht. Wird nämlich das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung als einem wichtigen Grunde gekündigt (§ 626 B.G.B.), so bleibt die dadurch herbeigeführte Auflösung für die Pflicht des Dienstberechtigten außer Betracht.[33])

ε) Nicht als begründet ist dagegen der Einwand anzusehen, den Lotmar gegen die Fähigkeit der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung, sich als Naturalvergütung darzustellen, erhebt.[34]) Lotmar erklärt nämlich, daß die durch § 617 Abs. 1 Satz 3 dem Dienstberechtigten gewährte Möglichkeit, die Kosten der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung anzurechnen, die Befugnis zu einer Leistung an Erfüllungsstatt sei. Das wäre mit dem Wesen der Naturalvergütung nicht vereinbar. Diese sei stets primäre Leistung, sei es nun, daß sie von vornherein allein, sei es, daß sie nach dem Dienstvertrage vom Dienstberechtigten alternativ geschuldet werde. Letzteres mache die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Naturalvergütung noch nicht zu einer sekundären. Denn nach § 263 Abs. 2 B.G.B. gelte bei der Alternativobligation die gewählte Leistung „als die von Anfang an allein ge-

[33]) Vgl. zu dem Obigen die zutreffenden Ausführungen von Lotmar S. 662, 663, 165, 685, 636.

[34]) Lotmar S. 676.

schuldete". Bei einer Leistung an Erfüllungsstatt jedoch wäre das, was an Erfüllungsstatt gegeben würde, sekundäre Leistung, mithin begrifflich nicht Naturalvergütung.

Dieser Ansicht Lotmars ist nicht beizutreten, da, wie weiter unten näher auszuführen sein wird,[35]) die Anrechnungsbefugnis des Dienstberechtigten sich nicht als datio in solutum darstellt.

2. Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist kein familienrechtlicher Anspruch.

Weiteres braucht dieser Behauptung nicht hinzugefügt werden. Die obigen Ausführungen dürften hinlänglich dargelegt haben, daß kein familienrechtliches Verhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten besteht. Ohne solches aber ist ein familienrechtlicher Anspruch unmöglich.

3. Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist nicht ein Anspruch auf Schadensersatz.[36])

Richtig ist allerdings, daß regelmäßig dem Dienstverpflichteten gegen seinen Willen ein Nachteil durch die Erkrankung entstanden ist. „Jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers" (A.L.R. I, 6 § 1) ist Schaden. Richtig ist ferner, daß das Fehlen eines wirklichen oder präsumtiven Verschuldens auf Seiten des Dienstberechtigten nichts daran ändert. Das heutige Recht wird nicht mehr von dem Prinzip „ohne Verschulden keine Haftung" beherrscht. Es gibt zahllose Verpflichtungen für Beschädigung aus objektiven Gründen (vgl. z. B. §§ 31, 231, 278, 833, 835 B.G.B., §§ 717 Abs. 2, 945 Z.P.O.). Richtig ist endlich, daß einer Schadensersatzauffassung nicht entgegensteht, daß Art und Umfang des Ersatzanspruches von vornherein gesetzlich begrenzt sind und die wirkliche Schadenshöhe des einzelnen Falles nicht weiter in Betracht kommt.

Gegen die Ansicht, daß der Fürsorgeanspruch ein Anspruch auf Schadensersatz ist, lassen sich jedoch folgende Gründe anführen.

α) Der Sprachgebrauch des Gesetzes. § 617 enthält nicht den Ausdruck Schadensersatz oder Entschädigung.

---

[35]) Siehe S. 75.

[36]) Vgl. für das Krankenversicherungsrecht Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts S. 894, 895; Menzel a. a. O. S. 341, 342.

β) Als Hauptgrund der Mangel eines Kausalzusammenhanges zwischen dem Schaden selbst und der zum Ersatze verpflichtenden Tatsache. Nicht jeder Anspruch, welcher auf Ersatz von Schaden geht, ist schon deshalb ein Schadensersatzanspruch. Träger der Schadensersatzobligation muß jemand sein, der mit seiner Person oder Habe an der Entstehung des Schadens irgendwie beteiligt ist. In § 617 fehlt aber jede kausale Beziehung zwischen dem Schaden und der Person des Dienstberechtigten.[37])

γ) Die Unvereinbarkeit der bei Teilung dieser Auffassung anzuwendenden Regeln des Schadensersatzes mit der offenbaren Absicht des Gesetzgebers. Denn dann müßte § 249 B.G.B., welcher dem Dienstverpflichteten eine facultas alternativa auf den erforderlichen Geldbetrag gibt, eingreifen. Nach § 617 sind aber einzig und allein die „erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung" zu gewähren. Geld wäre ein aliud. Mit seiner Leistung würde die dem Dienstberechtigten „obliegende" Verpflichtung aufgehoben. Das ist durch § 619 B.G.B. mit Recht für unmöglich erklärt.[38]) Auch wäre beim Schadensersatze grundsätzlich ein ganzer oder teilweiser Verzicht im voraus statthaft, was gleichfalls nach § 619 für § 617 unzulässig ist. Endlich würde § 254 anzuwenden sein. Auch das darf als nicht im Sinne des Gesetzgebers liegend angesehen werden.

4. Der Anspruch auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung ist nicht ein Versicherungsanspruch.

Von einer Versicherung kann in § 617 keine Rede sein, was sich aus den späteren Ausführungen noch klar ergeben wird.

5. Die Auffassung, daß der Fürsorgeanspruch ein der sozialpolitischen Legalobligation entspringender völlig selbständiger sozialpolitischer Anspruch ist, hat hauptsächlich zwei Konsequenzen.

a) Die kurze zweijährige Verjährung des Fürsorgeanspruchs nach § 196 Ziff. 8 B.G.B. „wegen des Gehalts, Lohnes oder anderer Dienstbezüge mit Einschluß der Auslagen" greift nicht ein. Der in Rede stehende Anspruch unterliegt also der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren (§ 195 B.G.B.).[39])

---

[37]) Dernburg, Lehrbuch Bd. 2 Abt. 1 S. 65; Menzel a. a. O. S. 392.

[38]) Vgl. weiter unten S. 93 unter e.

[39]) Eine kurze einjährige Verjährungsfrist findet sich dagegen für den Fürsorgeanspruch des erkrankten Schiffsmannes (§§ 901, 754 Ziff. 3 H.G.B.) und

b) Die Unpfändbarkeit des Fürsorgeanspruchs ergibt sich nicht aus § 850 Nr. 1 Z.P.O. Nach diesem ist nur der Arbeits- oder Dienstlohn gemäß den Bestimmungen des Reichsgesetzes über die Lohnbeschlagnahme vom 21. Juni 1869 der Pfändung nicht unterworfen. Als Vergütung, d. h. „Arbeits- oder Dienstlohn", sind aber, wie bereits bewiesen worden ist, im Sinne des § 3 dieses Gesetzes die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht anzusehen.

Die Unpfändbarkeit des Anspruchs folgt vielmehr aus § 851 Z.P.O. in Verbindung mit § 399 B.G.B. Denn nach § 613 B.G.B. hat der Dienstverpflichtete die Dienste im Zweifel in Person zu leisten und ist der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar. Obwohl diese Bestimmung regelmäßig nur eine Auslegungsregel ist und die Abreden der Parteien sowie die Umstände zu einem anderen Ergebnisse führen können, ist im Falle einer Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft zweifellos sowohl die Person des Dienstverpflichteten wie die Person des Dienstberechtigten von wesentlicher Bedeutung. Der objektive Inhalt der Verpflichtung des Dienstberechtigten richtet sich in Umfang und Zweckbestimmung nach der Persönlichkeit des Dienstverpflichteten. Der höchstpersönlichen Leistung des Dienstverpflichteten entspricht ein höchstpersönliches Recht. Die „erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung" können „an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen" (§ 399 B.G.B.).[40]) Der Anspruch darf mithin nicht übertragen und deshalb nach § 851 Z.P.O. nicht gepfändet werden.[41])

Erwähnt sei noch, daß die Vorschrift des § 399 B.G.B. zwingenden Rechtes ist,[42]) mithin die Unpfändbarkeit des Anspruchs aus § 617

eine zweijährige in § 56 K.V.G. Daß sie für den Dienstberechtigten bequemer ist, dürfte einleuchtend sein. Nach § 617 ist der Dienstberechtigte nicht vor Ansprüchen geschützt, welche vielleicht erst nach Jahren geltend gemacht werden. Praktisch ist das übrigens von ganz geringer Bedeutung. Denn die zur Begründung des Anspruchs notwendige Feststellung der entscheidenden Tatsachen wird in einem solchen Falle mit großen Schwierigkeiten verbunden und meist überhaupt unmöglich sein.

[40]) So richtig Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 617 Anm. 4 und mit näherer Begründung S. 438.

[41]) Daraus ergibt sich auch, daß der Fürsorgeanspruch nicht belastbar (§ 1274 Abs. 2 B.G.B.) und nicht aufrechenbar (§ 394 B.G.B.) ist. Von dieser letzteren Folgerung wird noch später ausführlich zu sprechen sein.

[42]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Hälfte S. 365.

die gleiche wie nach den Reichsversicherungsgesetzen kraft ausdrücklicher Vorschrift ist (vgl. § 56 K.V.G., § 10 R.G. über die eingeschriebenen Hülfskassen, § 55 J.V.G., § 96 G.U.V.G., § 102 L.U.V.G., § 37 B.U.V.G., § 100 S.U.V.G.).

III.

Voraussetzungen der Verpflichtung.

Die Voraussetzungen der Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung an den Dienstverpflichteten sind vier: dauerndes Dienstverhältnis, vollständige oder hauptsächliche Inanspruchnahme der Erwerbstätigkeit, Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und Erkrankung.

Dauerndes Dienstverhältnis.

A. Dienstverhältnis ist das durch den Abschluß eines nach den Vorschriften des B.G.B. gültigen — d. h. weder nichtigen noch anfechtbaren — Dienstvertrages zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten begründete Vertragsverhältnis.

Das Dienstverhältnis muß ein rechtlich bestehendes sein. Tritt z. B. ein Minderjähriger ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters in eine Beschäftigung der in § 617 bezeichneten Art, oder liegt ein Lehrlingsverhältnis ohne Abschluß eines rechtsgültigen Lehrlingsvertrages vor, so greift die Fürsorgepflicht nicht ein. Ein nur tatsächlich bestehendes Dienstverhältnis genügt — im Gegensatze zum K.V.G. und U.W.G., wo öffentliche Normen hineinspielen,[43]) — in § 617 nicht.

Ob der Dienstvertrag ein Dienstvertrag des Handelsrechts, des Gesinderechts — hier ist Art. 95 E.G.B.G.B. zu berücksichtigen —, des Gewerberechts usw. ist, bleibt gleich.[44]) Auch der Name „Dienst-

---

[43]) Siehe v. Brauchitsch, Die neuen Preußischen Verwaltungsgesetze Bd. 6, 3. Aufl., S. 32 Anm. l; Petersen, Das Krankenversicherungsgesetz, 4. Aufl., S. 8; Eger, Reichs-Gesetz über den Unterstützungs-Wohnsitz, 4. Aufl., S. 154 Ib, die an diesen Stellen angeführte Rechtsprechung, sowie v. Müller, Bayerisches Gesetz vom 8. August 1878 über den Verwaltungsgerichtshof, 2. Aufl., S. 306.

[44]) Für das Seerecht gelten aber die §§ 59 ff. der neuen Seemannsordnung vom 2. Juli 1902.

vertrag" tut nichts zur Sache. Es kommt allein darauf an, ob nach Inhalt und Wesen ein Dienstvertrag vorliegt, mag er sich auch äußerlich als Gesellschaftsvertrag, Pachtvertrag, Werkvertrag u. dgl. bezeichnen. Dann und nur dann ist § 617 gegeben. Eine analoge Anwendung ist nicht gerechtfertigt.[45])

Das Dienstverhältnis ist ein Rechtsverhältnis. Es ist daher nicht durch das Bestehen des entsprechenden tatsächlichen Verhältnisses bedingt, d. h. nicht davon abhängig, daß wirklich Dienste geleistet werden. Ein Dienstverhältnis liegt mithin immer vor, wenn der Dienstverpflichtete rechtlich zur Verfügung des Dienstberechtigten steht: es beginnt mit dem Eintritt, es endet mit dem Aufhören der rechtlichen Verfügungsgewalt des Dienstberechtigten über den Dienstverpflichteten.

Das Dienstverhältnis läuft demzufolge auch an Sonn- und Festtagen weiter, obschon an ihnen nicht gearbeitet zu werden pflegt, in gewissen Betrieben sogar zufolge gesetzlicher Vorschrift nicht gearbeitet werden darf. Ebenso heben Ruhepausen zur Tag- oder Nachtzeit, zeitweise Unterbrechungen, vor allem Erkrankungen für sich allein das Dienstverhältnis noch nicht auf, wenn nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen beider Teile der Dienstverpflichtete über die Unterbrechung der faktischen Dienstleistung hinaus zur Verfügung des Dienstberechtigten bleiben soll. Daher kann das Dienstverhältnis auch beginnen, wenn der Dienstverpflichtete bei Eintritt in das Dienstverhältnis krank ist, wenn er nur rechtlich zur Verfügung des Dienstberechtigten steht, d. h. wenn allein eine tatsächliche Verhinderung in der Ausübung der übernommenen Dienste vorliegt.

Enden kann das Dienstverhältnis als Rechtsverhältnis nur durch vom Gesetz anerkannte Gründe.[46])

B. Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des dem Worte „Dienstverhältnis" zugefügten Attributes „dauernd".

---

[45]) A. A. scheint Hahn bei Gruchot Bd. 45 S. 217 ff. zu sein, der für § 618 B.G.B. eine analoge Anwendung zuläßt, „wenn die Verdingung wirtschaftlich unselbständiger Personen noch andere civilrechtliche Formen annimmt". Siehe auch noch das Urteil des Reichsgerichts vom 9. Dezember 1902 über die Unterscheidung von Dienstvertrag und Gesellschaftsvertrag bei Gruchot Bd. 47 S. 401 ff.

[46]) Hahn S. 16; Lotmar S. 58; Gewerbearchiv Bd. 1 S. 301.

Dauernd! Ein unklarer, farbloser Ausdruck. Einer von jenen „dehnbaren" Begriffen, die in so großer Anzahl ins B.G.B. aufgenommen worden sind.[47])

Das Gesetz gibt keine nähere Bestimmung. In diesem Schweigen liegt jedoch noch kein Verzicht auf einen Maßstab. Eine eingehende Behandlung des Begriffes „dauernd" ist dringend erforderlich.

1. Was bedeutet das Wort „dauernd" als solches?

a) „Dauernd" ist nicht so zu verstehen, daß überhaupt nur Zeit und nur ein Zustand notwendig sind. Zeit und Zustand sind stets wesentliche Kriterien des Dienstvertrages. Die entgeltliche Dienstleistung, für welche eine Zeitbestimmung unwesentlich ist, und deren Gegenstand bloß eine einmalige Handlung bildet, führt zum Werkvertrag oder zum Auftrage. Ein Dienstvertrag ohne irgend eine bestimmte Frist ist undenkbar. Der Dienstvertrag ist begrifflich „ein auf eine gewisse Dauer berechnetes Rechtsverhältnis".[48]) Jedes Dienstverhältnis ist bei solcher Auffassung ein dauerndes.[49]) Wollte man also dem Ausdruck „dauernd" in § 617 diesen Sinn beilegen, so wäre er überflüssig. Das dürfte nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Es kann nicht, wie man angenommen hat,[50]) meistens nach den in Deutschland bestehenden Gewohnheiten allein darauf ankommen, ob der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist. § 617 verlangt ausdrücklich eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und ein dauerndes Dienstverhältnis. Es erscheint nicht als angängig, aus dem Vorhandensein des ersteren zu schließen, daß auch das letztere vorliegt, obwohl nicht verkannt werden darf, daß die Aufnahme in

---

[47]) Vgl. dazu Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. Bd. 3 S. 519 und im B.G.B. selbst als Beispiele etwa die Ausdrücke „gehörig", „erforderlich", „ständig", „standesgemäß", „erheblich", „verhältnismäßig", „vorübergehend", „Interesse", die zum Teil, wie sich aus Grabenwitz, Wortverzeichnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, ersehen läßt, an zahlreichen Stellen vorkommen.

[48]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3 S. 181.

[49]) Jakobi im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 4 S. 141 ff.; Lotmar S. 32; Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 286; Meyer, Das Recht der Beschlagnahme S. 25.

[50]) Planck Anm. 4a zu § 617.

die häusliche Gemeinschaft zur Bestimmung von „dauernd" oft einen wichtigen Anhaltspunkt bieten kann.[51])

b) „Dauernd" heißt nicht, wie z. B. bei der peremptorischen Einrede im B.G.B. (§§ 813, 886, 1169, 1254)[52]) oder im Str.G.B. (§§ 31, 33), „für immer". Das ergibt sich schon durch argumentum e contrario daraus, daß in § 624 B.G.B. ein „für immer" abgeschlossenes Dienstverhältnis als ein „für die Lebenszeit einer Person" eingegangenes bezeichnet wird.

c) „Dauernd" bezeichnet nicht, wie z. B. im B.G.B. (§§ 98, 1305, 1726, 1735, 1746, 1756, 1803, 1883, 1917, 2119, 2336, 2338), im E.G.B.G.B. (Art. 42 § 3a und Art. 191 IIa), im J.V.G. (§ 5), im St.G.B. (§ 224), in der Preußischen V.U. (Art. 56), oder wie der ähnliche Begriff „anhaltend" in § 72 H.G.B. und in § 133c Nr. 4 Gew.O., einen Zustand, dessen Änderung nach vernünftigem menschlichen Ermessen in absehbarer Zeit nicht erwartet werden kann.[53]) Denn damit wäre der Zweck des § 617 unterbunden. § 617 würde dann nur in verschwindend wenigen Fällen zur Anwendung kommen. Das entspräche nicht dem sozialpolitischen Geist und Willen des Gesetzes.

d) „Dauernd" bedeutet in § 617 „länger dauernd", hat also dieselbe Bedeutung wie „länger dauernd" in § 2218 B.G.B., wie „von längerer Dauer" in § 20 Z.P.O., wie „längere" in § 133c Gew.O. und wie „auf längere Dauer" in Art. 341 des Schweizer Obligationenrechts.

Der gleiche Sinn „länger dauernd" findet sich — nur einige Beispiele seien gegeben — in § 50 Abs. 2 der Preuß. K.O. vom 8. Mai 1855, der den Ausdruck „in dauerndem Dienst- oder Arbeitsver-

---

[51]) Lindenberg, Das Preußische Gesinderecht S. 90; Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 S. 421 Anm. III zu § 617; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 622 Anm. 18.

[52]) Hellwig, Lehrbuch Bd. 1 S. 248.

[53]) Opet, Kommentar zum Familienrecht S. 25 Anm. 6; v. Brauchitsch, Die neuen Preußischen Verwaltungsgesetze Bd. 6 S. 775 Anm. 12; Isenbarth-Spielhagen, Das Invalidenversicherungsgesetz, 2. Aufl., S. 208 Anm. 18; Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Bd. 2 S. 817 Nr. 7; Arndt, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, 4. Aufl., S. 164 Anm. 2 zu Art. 56; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. u. 7. Aufl., Bd. 1 S. 285 Anm. 8 zu § 72.

hältnisse", in § 54 Abs. 1 der alten reichsrechtlichen K.O. vom 10. Februar 1877, der den Ausdruck „zu dauerndem Dienste verdungen", in § 26 des Preuß. Immobiliarzwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883, der den Ausdruck „in dauerndem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse" gebraucht, in § 940 Z.P.O., der von „dauernden Rechtsverhältnissen" redet, in § 1 des Reichsdoppelbesteuerungsgesetzes vom 13. Mai 1870, der die „Absicht der dauernden Beibehaltung" einer Wohnung zur Begründung des Wohnsitzes im Sinne dieses Gesetzes fordert, sowie in § 191 J.V.G., der von einem „ständigen Arbeits- oder Dienstverhältnisse" spricht, und in § 7 B.G.B. wie in § 84 H.G.B., wo sich das Wort „ständig" in gleicher Bedeutung findet. Aus diesen Paragraphen als solchen läßt sich aber nichts entnehmen. Sie verschweigen sämtlich, was sie unter „dauernd" — bezw. unter „ständig" — verstehen. Es könnten nur die Ergebnisse, welche Theorie und Praxis über das sich in ihnen findende Wort „dauernd" gezeitigt haben, in Betracht kommen. Diese sind sehr dürftig und zu nutzbringender Verwertung für § 617 so gut wie gar nicht geeignet.

2. Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ein Dienstverhältnis zu einem „länger dauernden" wird?

a) Die Zahlungszeit, d. h. die Zeit der Entrichtung der Vergütung, kann nie entscheidend sein.[54])

---

[54]) A. A. Fischer-Henle, Kommentar zum B.G.B., 5. Aufl., Anm. 2 zu § 617, der das Dienstverhältnis als ein dauerndes betrachtet, „wenn der Lohn nicht täglich oder wöchentlich oder sonst kurz gegriffen gezahlt wird"; Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 650 Anm. 26, der „vor allem in den festgesetzten Lohnperioden" das Merkmal für „dauernd" sieht. Ähnlich das Urteil des Reichsgerichts vom 6. Dez. 1890 für § 26 Abs. 2 des Preuß. Immobiliarzwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 in Entsch. Bd. 27 S. 226, wo es unter Berufung auf die Kommentare von Krech-Fischer, Jäckel, Knorr und den Kommissionsbericht heißt, man müsse davon ausgehen, „daß ein Arbeitsverhältnis als ein dauerndes zu bezeichnen ist, wenn es nicht durch tägliche oder wöchentliche oder sonst kurz gegriffene Lohnzahlungen gelöst werden kann". Richtig mit zutreffenden Bemerkungen Lotmar S. 348, 349, 510, 511, 512; Goldmann-Lilienthal S. 622 Anm. 18; Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 56 Anm. 1; Staudinger, Kommentar Bd. 2 S. 421 Anm. III zu § 617; Staub Bd. 1 S. 266 Anm. 1 zu § 66; für das K.V.G. vgl. Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung Bd. 1 S. 185; Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 21. Oktober 1901 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 146

Die Dauer des durch den Dienstvertrag begründeten Verhältnisses, die Vertragszeit, steht zur Zahlungszeit in keinerlei Beziehung. Durch die Zahlungszeit wird nur die Leistung des Dienstberechtigten, durch die Vertragszeit nur der zeitliche Bestand des Dienstverhältnisses bestimmt. Hier wird also etwas ganz Anderes begrenzt wie dort. Beide, Vertragszeit und Zahlungszeit, sind begrifflich von einander unabhängig und gegenseitig nicht von bestimmendem Einfluß. Die Vertragszeit wird nicht dadurch geteilt, daß in ein und demselben Dienstverhältnisse mehrere Lohnzahlungen einander folgen, d. h. mehrere Zahlungszeiten stattfinden. Das Dienstverhältnis vermag als Rechtsverhältnis die Zahlungszeit zu überdauern. Man denke nur an das Dienstverhältnis, das mit einem Handlungsgehülfen eingegangen ist. Dieses kann z. B. auf drei Jahre abgeschlossen sein. Und doch empfängt der Handlungsgehülfe nach § 64 H.G.B. das ihm zukommende Gehalt am Schlusse jeden Monats. Dadurch verliert zweifellos das dreijährige, gewiß „dauernde" Dienstverhältnis nicht seinen Charakter. Dem steht nicht im Wege, daß die begriffliche Verschiedenheit zwischen Vertragszeit und Zahlungszeit mit einer Koincidenz beider vereinbar ist, d. h. daß unter Umständen Vertragszeit und Zahlungszeit zusammenfallen. Denn auch dann ist die Zeit der Leistung des Dienstberechtigten von der dem Rechtsverhältnisse zwischen Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten zukommenden Zeit begrifflich immer noch deutlich verschieden.

Ferner ändert daran nichts die dispositive Satzung des § 621 B.G.B., welche einen Zusammenhang zwischen Zahlungszeit und Kündigungszeit, die ja ein Teil der Vertragszeit ist, geschaffen hat. Die so hergestellte Beziehung zwischen Zahlungszeit und Vertragszeit ist nur eine mittelbare, nämlich mit der Kündigungsfrist als Zwischenglied, und durch sie dem Dienstverhältnisse nur eine Minimaldauer, nämlich die der Kündigungsfrist, gewährt. Wie lange aber das Dienstverhältnis überhaupt dauert, bleibt völlig unbestimmt.

Gegen die Annahme eines derartigen Maßstabes sprechen auch Geist und Zweck des § 617. Sonst würden diejenigen Dienstverpflichteten, bei denen es nach der Verkehrssitte üblich ist, daß sie

---

sowie die bei Petersen, Das Krankenversicherungsgesetz S. 11 und S. 35 angeführte Rechtsprechung. Derselben Ansicht ist auch das Urteil des Reichsgerichts vom 12. Januar 1897 in Entsch. Bd. 38 S. 117 für § 54 Ziff. 1 der alten R.K.O.

wöchentlich ihren Lohn erhalten, wie beispielsweise zum großem Teile bei Dienern, einzig und allein aus diesem Grunde ihrer Rechte verlustig gehen, und könnte der Dienstberechtigte dann häufig eine kurzfristige Lohnzahlung vereinbaren und sich so auf mühelosem Wege von seiner schweren Verpflichtung befreien.

b) Ebensowenig kann die Leistungszeit,[55]) d. h. die Zeit oder Zeitbestimmung, welche sich auf die Leistung der Dienste bezieht, als allgemeiner Maßstab in Betracht kommen.

Richtig ist nur, daß die Leistungszeit innerhalb der Vertragszeit liegen muß, daß sie nicht vor deren Anfang beginnen kann, daß sie nicht nach deren Ende aufhört, und daß ein Nachfolgen ihres Anfangs nach dem der Vertragszeit denkbar und möglich ist. Begrifflich aber sind Leistungszeit und Vertragszeit weit und klar von einander geschieden. Nicht auf die Dauer der einzelnen Dienstleistungen, sondern auf die Dauer des Dienstverhältnisses kommt es nach dem Gesetze an. Die Zeit oder Zeitbestimmung der einen Vertragsleistung ist unmöglich mit der Dauer des Vertragsverhältnisses oder einer dieses Verhältnis zeitlich begrenzenden Bestimmung zu verwechseln. Das Dienstverhältnis kann nicht nur in beiden Beziehungen bestimmt oder unbestimmt sein. Es können auch beim nämlichen Dienstverhältnis Unbestimmtheit der Leistungszeit mit Bestimmtheit der Vertragszeit und Unbestimmtheit der Vertragszeit mit Bestimmtheit der Leistungszeit zusammentreffen.[56])

Es ist daher nicht deshalb, weil vielleicht nur eine Stunde lang Dienste geleistet wurden und dann der Dienstverpflichtete erkrankte, oder deshalb, weil es in dem betreffenden Dienstverhältnisse Brauch war, daß der Dienstverpflichtete nach seiner erstmaligen Annahme täg-

---

[55]) Der Ausdruck „Leistungszeit", der sich noch in §§ 299, 789 B.G.B. findet, empfiehlt sich mehr als der von Lotmar gebrauchte Ausdruck „Arbeitszeit" oder der Ausdruck „Dienstzeit", unter dem in § 625 B.G.B. die Zeit des Dienstverhältnisses, also nicht die der tatsächlich geleisteten Dienste verstanden wird. Im gleichen Sinne wird auch häufig der Ausdruck „Arbeitszeit" gebraucht. Über die Verwendung des Wortes „Dienstzeit" in letzterer Bedeutung vgl. Lotmar S. 469 Anm. 1 S. 508, 509.

[56]) Lotmar S. 469; Cosack Bd. 1 S. 515 Nr. 5. Siehe auch für § 54 Ziff. 1 der alten R.K.O. das oben angezogene Urteil des Reichsgerichts vom 12. Januar 1897 und für § 1 K.V.G. das bei Petersen a. a. O. S. 11 mitgeteilte Urteil des Badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 5. April 1898.

lich nachzufragen hatte, ob Arbeit vorhanden wäre,[57]) zu sagen, das Dienstverhältnis sei kein dauerndes gewesen. Denn im ersteren Falle kann es für ein Jahr abgeschlossen werden, mithin gewiß ein „dauerndes" Dienstverhältnis sein, im letzteren Falle sehr wohl die Meinung der vertragschließenden Parteien dahin gehen, daß dem einmal angenommenen Dienstverpflichteten die jeweils vorhandene Arbeit auf Grund des bei der ersten Annahme ein für allemal, z. B. auf ein Jahr, abgeschlossenen Dienstvertrages täglich aufs neue zugeteilt werden, es sich also keineswegs um den Abschluß immer neuer Dienstverträge von einem Tage zum andern handeln solle. Und ebensowenig ist deshalb, weil das faktische Verhältnis der Dienstleistung, ohne daß ein Einverständnis der beiden Parteien vorlag, längere Zeit nach dem Ende eines Dienstverhältnisses mit kurzer Vertragszeit fortbestand, zu sagen, das Dienstverhältnis sei ein „dauerndes" gewesen. Nur da, wo keine bestimmte Vertragszeit besteht, kann ausnahmsweise die Leistungszeit ausschlaggebend sein. Davon wird weiter unten noch ausführlich zu reden sein.

c) Zu einem befriedigenden Ergebnisse kann man nur gelangen, wenn man die Vertragszeit zum Ausgangspunkte nimmt, und wenn man, je nach den verschiedenen Arten, in denen sich diese darstellen kann, die Voraussetzungen, welche das Dienstverhältnis zu einem „dauernden" machen, sich richten läßt.

1. Unter Vertragszeit ist nur die Vertragszeit als solche, nicht etwa auch die Kündigungszeit, ein Teil von ihr, zu verstehen. Aus dieser läßt sich die Dauer des Dienstverhältnisses nicht ersehen. Sie gibt, wie bereits oben angedeutet worden ist, nur eine relative Dauer — eine Minimaldauer —, nicht eine absolute Dauer — eine Dauer überhaupt — an. Deshalb kann die Kündigungszeit nicht ausschlaggebend sein. Denn wenn sie unmittelbar den Bestand des Dienstverhältnisses sichert, z. B. dadurch, daß dieses während sechs Wochen von keinem Teile durch Kündigung aufgehoben werden darf, so bleibt doch unbestimmt, ob das Dienstverhältnis in Wirklichkeit auch nur sechs Wochen und nicht ein Jahr oder zwei Jahre oder gar zehn Jahre gedauert hat. In gleicher Weise bleibt, wenn die Kündigung mittelbar

[57]) Siehe Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 21. Oktober 1901 a. a. O. S. 146.

den Bestand des Dienstverhältnisses sichert, z. B. dadurch, daß, wenn sie erfolgt, erst nach Ablauf von sechs Wochen ihre endigende Wirkung eintritt, auch hier die absolute Dauer des Dienstverhältnisses unbegrenzt. Es kann wirklich nur sechs Wochen gedauert haben, wenn nämlich die Kündigung am Tage der Eingehung des Dienstverhältnisses erfolgt ist. Es kann aber ebenso gut möglich sein, daß das Dienstverhältnis trotzdem Jahre oder Jahrzehnte gewährt hat.

Endlich läßt sich noch gegen die Annahme, die Kündigung sei ein entscheidendes Merkmal, derselbe Einwand wie gegen die Zahlungszeit erheben: Geist und Zweck des § 617. Falls die Kündigung entschiede, würde jeder Dienstberechtigte danach trachten, eine kurze Frist zu vereinbaren, und dadurch den Dienstverpflichteten in unerhörter Weise schädigen.[58])

---

[58]) Vgl. dazu Lotmar S. 522 ff. Der Ansicht, daß die Kündigungsfrist nicht entscheidet, sind auch Planck Anm. 4a zu § 617 B.G.B.; Schollmeyer a. a. O. S. 56 Anm. 1; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 51; das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 27. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 325; Laß a. a. O. S. 18 Anm. 7; Cosack Bd. 1 S. 515 Nr. 5. Anderer Meinung sind das Urteil des Gewerbegerichts Ludwigshafen vom 13. Dezember 1901 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrgang S. 328, welches als feststehend erachtet, daß ein mit achttägiger Kündigungsfrist jederzeit kündbarer Dienstvertrag ein dauerndes Dienstverhältnis nie begründen kann; Goldmann-Lilienthal S. 622, wo ein Dienstverhältnis als vorübergehend bezeichnet wird, wenn es „auf unbestimmte Zeit derart eingegangen ist, daß es mit besonders kurzen Fristen gelöst werden kann; Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. 1 S. 520, der ein Dienstverhältnis „dauernd" nennt, „wenn dasselbe nicht durch tägliche oder wöchentliche oder sonstige kurze Kündigung gelöst werden kann"; Lipinski, Das Recht im gewerblichen Arbeitsverhältnis S. 227, der erklärt, es würde „gemeinhin angenommen, daß ein dauerndes Arbeitsverhältnis vorliegt, wenn vierzehntägige Kündigung vereinbart worden ist", ebenso Stadthagen in der 170. Sitzung des Reichstags am 8. Februar 1897 bei der Beratung der Novelle zum Lohnbeschlagnahmegesetz und zur C.P.O.: „Es wird notwendig sein, den Begriff „dauernd" zu ändern und eine Deklarierung des letzten Absatzes zu geben, insbesondere da durch das Bürgerliche Gesetzbuch unter „dauernd" jedes Lohnverhältnis verstanden wird, wo 14tägige Kündigung möglich ist" (siehe Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 23 S. 527). Ferner für das Schweizer Obligationenrecht Schneider-Fick in seinem Kommentar Anm. 7 zu Art. 341, sowie das dort angezogene Urteil des gewerblichen Schiedsgerichts Basel in handelsrechtlichen Entscheidungen Bd. 14 S. 322, wo ein auf 14 Tage kündbarer Dienstvertrag als kein „auf längere Dauer" abgeschlossener betrachtet wird. Wie

2. Hinsichtlich der Vertragszeit ist zu unterscheiden, ob sie bestimmt oder unbestimmt ist. Es ist demnach zunächst für die bestimmte und dann für die unbestimmte Vertragszeit nacheinander zu prüfen, was entscheidend sein muß, damit das Dienstverhältnis als ein „dauerndes" angesehen werden kann.

α) Als bestimmt bezeichnet man eine Vertragszeit, deren Ende bestimmt ist. Dies kann vertragsmäßig geschehen — eine gesetzliche Endbestimmung für die Vertragszeit kommt im B.G.B. nicht vor und ist deshalb hier außer Betracht zu lassen — oder „aus der Beschaffenheit und dem Zwecke der Dienste zu entnehmen" sein (§ 620 B.G.B.). Im ersteren Falle reden wir von Vertragszeit mit „Endbestimmung", im letzteren von Vertragszeit mit „natürlicher Begrenzung".[59])

Die „Endbestimmung" kann bedingt und unbedingt sein. Ist sie bedingt, so ist nicht die Wirksamkeit des Vertrages, sondern nur die der vertraglichen Endbestimmung in der Schwebe. Fällt die Bedingung aus, so besteht unter Umständen das Dienstverhältnis als

---

sehr übrigens die laxe Auffassung von der ausschlaggebenden Bedeutung der Kündigungsfrist für den Begriff „dauernd" auch weiteren Kreisen gelehrt wird, zeigt der Juristische Leitfaden zum praktischen Gebrauche für die Pfleger und Pflegerinnen des Freiwilligen Erziehungsbeirats für schulentlassene Waisen, wo S. 21 es heißt: „Sind derartige Dienstverhältnisse also ohne Verabredung längerer Kündigungsfristen eingegangen, so wird man sie nicht zu den „dauernden" zählen können."

[59]) In den Fällen der „natürlichen Begrenzung" empfiehlt es sich nicht, von „stillschweigender Endbestimmung" zu reden, wie es Planck Anm. 2 zu § 620 und Sigel, Der Gewerbliche Arbeitsvertrag S. 150 tun. Zuzugeben ist zwar, daß das in § 620 Abs. 2 B.G.B. gebrauchte Wort „entnehmen" nicht objektiv, sondern subjektiv vom Standpunkte der Parteien aufzufassen ist. Zweck und Beschaffenheit müssen für beide Teile entnehmbar sein. Sind sie nur einem bekannt, so kann die Dauer des Dienstverhältnisses der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste nicht entnommen werden. Deshalb handelt es sich aber noch nicht um eine stillschweigende Vertragsabrede. Durch die „Endbestimmung" wird kraft Vertrages von außen her, durch die „natürliche Begrenzung" kraft der zu leistenden Dienste von innen her dem Dienstverhältnis eine Grenze gesteckt. Das Dienstverhältnis ist in dem einen Falle durch „Vertrag", im andern durch „Natur" auf einen gewissen Zeitraum beschränkt. Näheres bei Lotmar S. 525, 526.

ein Dienstverhältnis mit unbestimmter Vertragszeit[60]) und kommt dann nicht hier, sondern erst weiter unten in Betracht.

Tritt die Bedingung ein, so ist das Dienstverhältnis ein Dienstverhältnis von bestimmter Vertragszeit, auf das die nachstehenden Ausführungen zutreffen.

Die Endbestimmung kann ferner unbefristet und befristet sein. Unbefristet ist sie, wenn sie dem Dienstverhältnis alsbald, d. i. im Zeitpunkte der Übereinkunft, ein Ende macht. Eine derartige unbefristete Endbestimmung kann natürlich nicht schon bei Abschluß des Dienstvertrages getroffen werden, sondern erst später. Bis zum Zeitpunkte der Übereinkunft gilt dann das Dienstverhältnis als ein Dienstverhältnis mit unbestimmter Vertragszeit. Ist die Endbestimmung befristet, so kann sie entweder auf uhren- oder kalendermäßig feststehende Vorgänge (Stunde, Tag, Woche, Monat, Jahr usw.) oder solche Vorgänge, von denen gewiß ist, daß sie eintreten werden (Frühling, Tod, Ende der Ausstellung usw.) gestellt sein. Immer aber ist erforderlich, daß die zeitliche Bestimmung absolut genau ist. Redewendungen wie: „für vier bis fünf Wochen", „es wird mit dem Geschäft nicht lange dauern", „auf die Dauer der Saison" reichen zur Begründung der Annahme, daß das Vertragsverhältnis auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist, nicht aus.

Die „natürliche Begrenzung" ist schwerer zu ermitteln. In diesem Falle steht das Ende des Dienstverhältnisses bei Abschluß des Vertrages weder uhren- oder kalendermäßig, noch nach Vorgängen fest, deren Eintritt gewiß ist. Fest steht nur, daß das Dienstverhältnis mit Erreichung der natürlichen Grenze endigt. Wann die Aufgabe erledigt sein wird, und ob das Dienstverhältnis zum Ziele gelangt, bleibt ungewiß. Es ist der Umfang der Dienstaufgabe, nach dem sich die Vertragszeit bei der „natürlichen Begrenzung" richtet, z. B. die Anstellung eines Lehrers zur Vorbereitung eines Examinanden. Bei der Entscheidung der Frage, ob eine „natürliche Begrenzung" vorliegt oder nicht, ist daher die Persönlichkeit des Dienstverpflichteten — ob

[60]) Vgl. Lotmars Beispiel S. 540 Anm. 4: „Ich engagiere Sie als Direktor und zwar für ein Jahr, wenn sich zeigt, daß Sie der Aufgabe gewachsen sind." In diesem Falle würde bei einem etwaigen Ausfalle der Bedingung nach der ersten Woche das Dienstverhältnis als eins von unbestimmter Vertragszeit bestehen.

er beispielsweise rasch oder langsam arbeitet, viel oder wenig leistet, die Arbeit ununterbrochen fortsetzt oder zwischendurch sich anderweit beschäftigt — nicht ausschlaggebend. „Aus der Beschaffenheit und dem Zwecke der Dienste" heraus ist allein zu entscheiden. Es kann also bloß die Arbeit an sich in Betracht kommen und allein zu prüfen sein, ob diese derartig ist, daß sie erfahrungsgemäß nur in einem länger dauernden Zeitraume zu bewältigen ist.[61]) Eine „natürliche Begrenzung" ist auch dann gegeben, wenn der Dienstverpflichtete ausdrücklich zur Aushülfe angenommen worden ist. Denn hier ist aus dem Zwecke der Einstellung des Dienstverpflichteten, dem Aushülfezwecke, zu entnehmen, daß die Dauer des Dienstverhältnisses eine zeitlich bestimmte ist, da es mit Erreichung dieses Zweckes endigen soll. Vorher kann es von beiden Parteien nicht jederzeit gelöst werden. Es endigt erst, wenn die aushülfsweise zu leistenden Dienste geleistet sind, falls keine besondere Kündigung vereinbart ist.

Was die Voraussetzung anbetrifft, welche in diesen beiden Fällen der bestimmten Vertragszeit erfüllt sein muß, damit das Dienstverhältnis ein „dauerndes" wird, so ist bei einer Vertragszeit mit „Endbestimmung" ein Dienstverhältnis als „dauernd" zu bezeichnen, wenn es rechtlich, d. h. kraft Vertrages, auf längere Zeit angelegt ist, und bei einer Vertragszeit „mit natürlicher Begrenzung", wenn es faktisch, d. h. kraft Beschaffenheit und Zweck der Dienste, auf eine längere Zeit angelegt ist.[62])

Dazu, daß bei einem Dienstverhältnisse mit vertraglicher Endbestimmung allein ausschlaggebend ist, ob es rechtlich auf längere Zeit angelegt ist, braucht nach den obigen Ausführungen über die Bedeutung der Zahlungszeit, der Leistungszeit und der Kündigungszeit nichts mehr gesagt zu werden. Nur eine kurze Bemerkung ist hinzuzufügen. Es kann sich folgender Fall ereignen: der Dienstberechtigte

---

[61]) Ähnlich für die „durch die Natur ihres Gegenstandes" auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkte Beschäftigung in § 1 K.V.G. Petersen a. a. O. S. 35 unter n.

[62]) Vgl. zum Vorstehenden Lotmar S. 540, 541, 525, 526, 530, 546; Sigel a. a. O. S. 148 ff. u. S. 177; Cosack Bd. 1 S. 515 Nr. 5; Staub a. a. O. S. 269 Anm. 12; Staudinger, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 S. 421 Anm. III; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 51; Schollmeyer a. a. O. S. 56 Anm. 1.

will den Dienstverpflichteten auf ein Jahr annehmen. Um der etwaigen Fürsorgeverpflichtung zu entgehen, schließt er jedesmal nur auf einen Monat ab und läßt so zwölf vorübergehende Dienstverhältnisse sich einander anschließen. Wird er dadurch befreit? Die Frage ist zu bejahen. Der Dienstberechtigte hat neben dem Vorteile, der ihm daraus erwächst, ja auch die Nachteile, die kurze Dienstverhältnisse ihm bringen können, zu tragen. Es findet für ihn gewissermaßen eine compensatio lucri cum damno statt. Anders liegt es, falls ein derartiger Vertragsabschluß mit dem Einverständnisse des Dienstverpflichteten nur zum Schein abgegeben ist. Dann finden die „für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften" Anwendung (§ 117 B.G.B.) und ist das Dienstverhältnis als ein auf ein Jahr abgeschlossenes, mithin „dauerndes" zu betrachten. Falls jedoch nur der Dienstberechtigte sich allein den Vorbehalt eines einjährigen Dienstverhältnisses macht und rechtlich immer auf einen Monat abschließt, so ist diese Willenserklärung gültig (§ 116 B.G.B.), und sind dann wirklich zwölf vorübergehende Dienstverhältnisse zustande gekommen. Eine Summe von mehreren vorübergehenden Dienstverhältnissen ergibt noch lange kein „dauerndes Dienstverhältnis".

Dagegen ist zu der Behauptung, daß bei einem Dienstverhältnisse mit natürlicher Begrenzung entscheidet, ob es faktisch auf längere Zeit angelegt ist, noch folgendes zu sagen.

Man hat vielfach angenommen,[63]) ausschlaggebendes Merkmal für den in Frage stehenden Begriff sei stets das Nichtbestehen des Aushülfecharakters. Diese Theorie, die auf den ersten Blick etwas Bestechendes hat, da das Gegenteil von „dauernd" doch zweifellos „vorübergehend" ist und das Aushülfeverhältnis seiner Natur nach eine vorübergehende Erscheinung bildet,[64]) läßt sich mit unserer Auffassung nicht vereinen. Denn es ist, wie bereits ausgeführt wurde, ein Dienstverhältnis mit Aushülfecharakter ein Dienstverhältnis, dessen Dauer aus dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist, also ein Dienstverhältnis mit natürlicher Begrenzung. Das ist auch dem Geiste des § 617 entsprechend. Eine Aushülfestellung ist eine solche, die wegen

[63]) Laß a. a. O. S. 18; Planck, Anm. 4a zu § 617; Goldmann-Lilienthal S. 622; Gerland, Die Preußische Gesindeordnung Bd. 1 S. 115 Anm. 5; Lindenberg a. a. O. S. 90 Anm. 2.

[64]) Sigel a. a. O. S. 152.

des Ausfalls einer im Geschäfte tätigen Person oder wegen besonders starker Geschäftstätigkeit notwendig wird,[65]) seinem Wesen nach also notwendig nicht auf eine engbegrenzte Dauer beschränkt. Das zeigt auch § 69 H.G.B., der ausdrücklich von „vorübergehender Aushülfe" spricht. Die Aushülfestellung kann sich auf Wochen, Monate, ja selbst auf Jahre belaufen. Man würde mithin zu dem gewiß nicht befriedigenden Ergebnisse gelangen, daß der Dienstberechtigte zur Unterstützung des Dienstverpflichteten gemäß § 617 verpflichtet wäre, wenn z. B. der Dienstverpflichtete auf die fest bestimmte Vertragszeit von drei Monaten angenommen ist und nach acht Tagen erkrankt, daß er jedoch nicht verpflichtet wäre, wenn in dem gleichen Falle der Dienstverpflichtete zwecks Aushülfe, die faktisch als auf drei Monate angelegt zu betrachten ist, angenommen wurde.

Mit unserer Theorie vereinbar ist dagegen die Ansicht, welche bei bloß „vorübergehender Aushülfe" ein dauerndes Dienstverhältnis für ausgeschlossen erachtet.[66]) Denn diese ist eben nicht seinem Zwecke nach als auf längere Zeit angelegt zu betrachten.

β) Als unbestimmt bezeichnet man eine Vertragszeit, deren Ende nicht bestimmt ist. Also immer dann hat man es mit ihr zu tun, wenn eine Begrenzung des Dienstverhältnisses weder durch Vertrag noch durch Natur in dem oben erläuterten Sinne vorliegt. Einige besondere Fälle seien hier aufgezählt: Alle Dienstverhältnisse, die nach Ablauf der bestimmten Vertragszeit von dem Dienstverpflichteten mit Wissen des andern Teiles fortgesetzt werden, gelten als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht (§ 625 B.G.B.); alle Dienstverhältnisse mit lediglich den Bestand, — z. B. „zunächst auf einen Monat", wo also unter Umständen eine Fortsetzung in Aussicht genommen ist, oder „auf mindestens einen Monat", wo also von vornherein eine längere Dauer beabsichtigt wird, — nicht aber die Dauer sichernder Zeitbestimmung sind zu den Dienstverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit zu rechnen;[67]) alle

---

[65]) Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 1 S. 170 Anm. 1 zu § 69.

[66]) Oertmann S. 338 Anm. 2a; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 51; Cosack Bd. 1 S. 515 Nr. 6; Staub Bd. 1 S. 269 Anm. 12 zu § 66.

[67]) So richtig mit näherer Begründung Lotmar S. 524 und 550;

anfänglich als Aushülfeverhältnisse gedachten Dienstverhältnisse, welche infolge längerer Zeitdauer ihren Aushülfecharakter verloren haben, z. B. wenn jemand zur Aushülfe wegen plötzlich eingetretener starker Geschäftstätigkeit angenommen worden ist und diese einige Jahre lang dauert. Dadurch geht das Aushülfeverhältnis in ein festes Dienstverhältnis mit unbestimmter Vertragszeit über. Eine Entscheidung, wann ein solcher Übergang anzunehmen ist, kann natürlich bei dem Mangel an einer gesetzlichen Frist nur im einzelnen Fall auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse gegeben werden.[68])

Welches ist nun bei Dienstverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit die Voraussetzung für ihre längere Dauer? Die Zahlungszeit und Kündigungszeit sind es jedenfalls nicht, wie oben hinlänglich begründet ist. Ebensowenig kann entscheiden, ob das Dienstverhältnis rechtlich oder faktisch auf bestimmte Zeit angelegt ist. Bestimmte Zeit ist ja überhaupt nicht vorhanden. Es bleibt mithin nur die tatsächliche Dauer, die Leistungszeit, übrig. Ist sie als Voraussetzung anzunehmen?

Die Frage ist von verschiedener Seite verneint worden. So erklärt das Gewerbegericht Ludwigshafen in seinem bereits oben angezogenen Urteile vom 13. Dezember 1901,[69]) „daß in der effektiven Dauer der Arbeitstätigkeit das entscheidende Merkmal nicht

---

a. A. Sigel S. 149, der Dienstverhältnisse, bei denen ein bestimmter Bestand zunächst festgesetzt, von den Parteien aber unter Umständen eine Fortsetzung in Aussicht genommen ist, mit dem Ablaufe der festgesetzten Bestandzeit endigen läßt, sie bis dahin also als Dienstverhältnisse mit bestimmter Vertragszeit ansieht. Sigel erklärt, damit werde er mehr als Lotmar dem Vertragswillen der Parteien gerecht. Dem ist nicht beizupflichten. Denn das ist ja gerade der Unterschied der Bestimmung „zunächst auf einen Monat" von der vertraglichen Endbestimmung „auf einen Monat", daß die Parteien auf die Aussicht einer Fortsetzung bauen und sich deshalb nicht um Ersatz bemühen, wie sie es tun würden, wenn sie sicher wüßten, daß das Dienstverhältnis bestimmt nach einem Monat endigt. Ordnungsmäßige Kündigung hat also bei Nichtfortsetzung des Dienstverhältnisses nach jener Frist stattzufinden.

[68]) So richtig Sigel a. a. O. S. 152. A. A. ist das Urteil des Gewerbegerichts München vom 20. Oktober 1901 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 228, das ausdrückliches Einverständnis zur Umwandlung der aushülfsweisen Einstellung in ein festes Dienstverhältnis verlangt. Daß diese Ansicht unzutreffend ist, zeigt schon ein Hinblick auf die Bestimmungen des § 69 H.G.B.

[69]) Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 328.

gefunden werden kann, daß vielmehr nur ein solches Dienstverhältnis als dauerndes im Sinne des Gesetzes betrachtet werden darf, welchem die Gewähr einer gewissen Stabilität innewohnt". In ähnlicher Weise bemerkt mit Berufung auf dieses Urteil das gleichfalls bereits oben angezogene Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 27. November 1902,[70]) „daß jedenfalls die bloße tatsächliche längere Dauer eines Dienstverhältnisses allein noch nicht entscheidend ist. Es würde sonst, nachdem bei einem Dienstverhältnisse zunächst der § 617 nicht anwendbar gewesen ist, von einem mehr oder weniger ungewissen Zeitpunkt ab, trotzdem sich seitdem rechtlich gar nichts geändert hat, die Anwendung eintreten, und zwar nach § 619, ohne die praktisch sehr schwer belastende Verpflichtung ausschließen zu können". Ferner erklärt Schollmeyer:[71]) „Jedenfalls kommt es nicht darauf an, ob es längere Zeit gedauert hat." Endlich behauptet Staudinger:[72]) „Wie lange das Dienstverhältnis tatsächlich schon gedauert hat, ist ohne Belang", und mit fast den gleichen Worten Hachenburg,[73]) indem er sagt „wie lang es in den einzelnen Fällen wirklich bestand, ist ohne Einfluß".

Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Sie verkennt den Sprachgebrauch und findet für sich weder im Gesetze noch in dessen Entstehungsgeschichte irgend welchen Anhalt. Sicherlich, zur längeren Dauer ist eine gewisse „Stabilität" des Dienstverhältnisses erforderlich. Diese braucht aber nicht ausschließlich in der Zukunft zu ruhen. Sie kann sich auch aus der Vergangenheit ergeben. Unter „länger dauernd" bezeichnet man nicht nur alles, was länger dauern wird, sondern auch alles, was schon länger gedauert hat. Ein Dienstverhältnis, das schon zwanzig Jahre währte, ist kein vorübergehendes, sondern ein „dauerndes", auch wenn seine Vertragszeit eine unbestimmte ist und seine Zahlungszeit wie Kündigungszeit kurze sind.

Dem Preußischen Oberverwaltungsgericht ist ferner zu entgegnen, daß der von ihm erhobene Einwand mit genau demselben Rechte auch bei einem Vertragsverhältnisse mit bestimmter Vertragszeit gemacht werden kann. Wie bei einem Dienstverhältnisse mit un-

[70]) Entscheidungen Bd. 42 S. 325.
[71]) A. a. O. S. 56 Anm. 1.
[72]) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2 S. 421 Anm. III zu § 617.
[73]) Dienstvertrag und Werkvertrag S. 51.

bestimmter Vertragszeit der Dienstberechtigte nichts davon gewußt zu haben braucht, daß so und so lange tatsächliche Dauer eine Unterstützungsverpflichtung für ihn begründet, so braucht auch bei einem Dienstverhältnisse mit bestimmter Vertragszeit der Dienstberechtigte nichts davon gewußt zu haben, daß § 617 eingreift, wenn das Dienstverhältnis auf so und so lange Zeit vertraglich oder faktisch angelegt worden ist. Rechtlich hat sich das Dienstverhältnis als solches in beiden Fällen nicht geändert. Es bleibt stets entweder eins mit unbestimmter oder eins mit bestimmter Vertragszeit. Hier wie dort würde der Dienstberechtigte vielleicht sonst ein solches Dienstverhältnis gar nicht eingegangen sein, hätte vielleicht sonst gar nicht so hohen Lohn gezahlt. Das hindert aber die Anwendung des § 617 in keiner Weise. „Niemand kann sich mit Unkenntnis der Gesetze entschuldigen." Es ist jedermanns Sache, sich die nötige Rechtskenntnis für seinen Lebenskreis zu schaffen. Tut er das nicht, so trifft ihn der Schaden. § 617 begründet ja keine Vertragspflicht. § 617 greift rücksichtslos und unabhängig vom Wissen und Wollen der Parteien ein.

Endlich läßt sich der Auffassung, die tatsächliche Dauer könne nicht entscheiden, noch entgegenhalten, daß § 617 im Falle der Richtigkeit dieser Ansicht ein Schlag ins Wasser wäre. Der Dienstberechtigte käme dann am besten weg, wenn er nur noch, wo immer möglich, Dienstverhältnisse mit unbestimmter Vertragszeit abschlösse. Leicht und mühelos würde er so die schwere Verpflichtung des § 617 von seinen Schultern schütteln.

Es ergibt sich also, daß bei Dienstverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit die tatsächliche längere Dauer entscheidet.[74])

Damit sind wir zu folgendem Gesamtergebnisse gelangt: Ein „dauerndes Dienstverhältnis" im Sinne des § 617 ist immer dann gegeben, wenn das Dienstverhältnis rechtlich auf längere Dauer angelegt ist, oder wenn es faktisch auf längere Dauer angelegt ist, oder wenn es längere Zeit gedauert hat. Eine dieser drei Voraussetzungen muß immer zutreffen.

3. Welcher zeitliche Maßstab ist für die längere Dauer, auf die das Dienstverhältnis entweder rechtlich oder faktisch angelegt sein oder die es tatsächlich gewährt haben muß, zu gewinnen?

[74]) Derselben Ansicht sind ohne nähere Begründung Lotmar S. 546 und Sigel S. 177.

a) Zunächst ist zu prüfen, ob ein zeitlicher Maßstab von anderswo zu entnehmen ist.

Partikularrechtliche Bestimmungen scheiden selbstverständlich aus. Von reichsrechtlichen Bestimmungen kommen folgende in Betracht:

α) Der Maßstab, den das Gesetz vom 21. Juni 1869, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes in § 4 Nr. 4 Abs. 2 seiner ursprünglichen Fassung (B.G.Bl. 1869 S. 242 Nr. 311) gibt.

Im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes galt ein Dienstverhältnis als dauernd, „wenn dasselbe gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig mindestens auf ein Jahr bestimmt oder bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten ist". Diese Auslegung ist für § 617 unbrauchbar. Schon deshalb, weil sie durch Artikel III des Einführungsgesetzes zum Gesetze, betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung vom 15. Mai 1898 aufgehoben worden ist. Über die dafür maßgebenden Erwägungen spricht sich die Begründung zu § 749 des Entwurfes eines Gesetzes betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung [75]) aus. Nach einer Aufzählung verschiedener hier nicht in Betracht kommender Punkte heißt es dort folgendermaßen: Es kann „der Begriff der dauernden Anstellung in der Bedeutung, die er nach § 4 Nr. 4 des Gesetzes vom 21. Juni 1869 hat, kaum aufrecht erhalten werden, nachdem durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 621 und 623) und des Handelsgesetzbuchs (§§ 66 ff.) eine gesetzliche Kündigungsfrist eingeführt worden ist, die in der Regel sechs Wochen, in manchen Fällen einen noch kürzeren Zeitraum beträgt".

β) Der Maßstab, den — ohne daß allerdings der Ausdruck „dauernd" gebraucht ist — § 1 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes [76]) und § 29 Abs. 4 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 geben.

Die beiden Gesetze enthalten hinsichtlich des die betreffende Verpflichtung begründenden Dienstverhältnisses die Bestimmung, daß die Beschäftigung „durch die Natur ihres Gegenstandes oder im voraus durch Vertrag auf einen Zeitraum von einer Woche oder weniger"

---

[75]) Heymannsche Ausgabe S. 242.

[76]) Philippovich, Grundriß der Volkswirtschaftslehre Bd. 1 S. 316 spricht hier von einem „dauernden Arbeitsverhältnis"; ebenso Petersen a. a. O. z. B. S. 34.

nicht beschränkt sein darf. Darin kann kein Anhalt für eine Festsetzung des Begriffes des dauernden Dienstverhältnisses in § 617 in der Weise gefunden werden, daß hierunter jedes Dienstverhältnis fällt, welches nicht in gleicher Weise begrenzt ist. Schon aus dem Grunde, weil jene Bestimmungen die Natur von Sondervorschriften haben und daher eine Übertragung auf ganz andere Verhältnisse im Wege der Analogie nicht gestatten. Auch würde dann die starke Belastung des Dienstberechtigten in erheblich weiterem Umfange bestehen, als der Volksanschauung und dem Rechtsbewußtsein entsprechend wäre.[77])

b) Von anderswo ist also ein Maßstab nicht entnehmbar. Eine absolute Interpretation dessen, was hier längere Zeit ist, hat überhaupt nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen. Wenn der Gesetzgeber eine solche beabsichtigt hätte, würde er statt des dehnbaren Begriffes des „dauernden Dienstverhältnisses" sicher eine feste Zeitgrenze bestimmt haben. Mit einer unzweifelhaften mechanischen Auslegung des Wortes „dauernd" wäre vielleicht den Interessen des Dienstverpflichteten wie des Dienstberechtigten besser gedient gewesen. Dann hätten beide immer gewußt, woran sie sind. Dies ist nun aber nicht geschehen. Das freie richterliche Ermessen bestimmt im Streitfalle darüber, was „dauernd" nach Tagen oder Wochen bemessen ist. Doch nicht die subjektive Auffassung des Richters von dem, was *ihm* in dem gleichen Falle als „dauernd" erscheinen würde, darf maßgebend sein. Man wird vielmehr wie häufig im B.G.B. und auch in anderen Gesetzen,[78]) auf Grundlage des einzelnen Falles nach der Gesamtheit der in Betracht kommenden Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse, der Art der Annahme des

---

[77]) So richtig das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 7. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 326.

[78]) Z. B. in § 616 B.G.B., wo sich der Ausdruck „verhältnismäßig nicht erheblich" findet, für den die Ansicht von Nußbaum, Die Preußische Gesindeordnung S. 97, der eine Zeit bis zu acht Tagen fordert, abzulehnen ist (vgl. dazu Gerhard a. a. O. S. 107). Ferner in § 7 B.G.B. für den Ausdruck „ständig", hinsichtlich dessen man zu einem sehr ähnlichen Ergebnisse wie für „dauernd" kommt (vgl. Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen Bd. 1 S. 21 in Verbindung mit der Preuß. A.G.O. I 2 § 10). Endlich noch in § 133c Gew.O. für den Ausdruck „anhaltend" (vgl. das Urteil des Reichsgerichts vom 4. Februar 1902 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 354).

Dienstverpflichteten, des Geschäftsumfanges, der zu leistenden Dienste, der ganzen Lebensverhältnisse u. dgl. entscheiden müssen.[79]) Der Ansicht, daß zum mindesten eine erheblich längere Zeit als sechs Wochen für notwendig erachtet werden müsse,[80]) ist daher nicht beizutreten.

Vollständige oder hauptsächliche Inanspruchnahme der Erwerbstätigkeit.

Der Sinn auch dieses Ausdruckes, der sich beispielsweise noch in den §§ 622, 623 BGB. und in § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 findet, ist nicht ohne weiteres klar und bedarf einiger Worte zur Erläuterung.[81])

Es ergeben sich darüber Zweifel, wann die Erwerbstätigkeit vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen ist. Wodurch wird das Maß der Erwerbstätigkeit bestimmt?

Auszuscheiden ist die Ansicht, nach welcher ein Vorliegen der in Rede stehenden Voraussetzung als regelmäßig dann gegeben angenommen wird, wenn eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft stattgefunden hat,[82]) und ebenso die, nach welcher die mehr oder minder lange Dauer des Dienstverhältnisses das unterscheidende Merkmal bildet.[83]) Das kann nicht gemeinhin entscheidend sein. Dann hätte der Gesetzgeber dieses Kriterium nicht ausdrücklich aufgestellt.

Nur zweierlei kann Merkmal sein. Entweder entscheidet die Leistungszeit, oder es entscheidet das Einkommen, welches der Dienstverpflichtete aus dem Dienstverhältnisse bezieht.

---

[79]) So auch Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 421 Anm. III zu § 617 und Crome, System Bd. 2 S. 650 Anm. 26, der Verkehrsgrundsätze mitentscheiden lassen will.

[80]) Kuhlenbeck, Kommentar Anm. 1 zu § 617, dagegen mit Recht das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 27. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 325. Auch der Ansicht von Cosack Bd. 1 S. 513 Nr. 6 und von Staub Bd. 1 S. 269 Anm. 12 zu § 66 H.G.B., daß ein sechswöchentlicher Dienstvertrag kein dauernder ist, kann nicht gefolgt werden.

[81]) A. A. Oertmann Anm. 2c zu § 617 und Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 121 Anm. III 2 zu § 617. Richtig Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl., S. 247.

[82]) So Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 421 Anm. III 2 und ähnlich Goldmann-Lilienthal S. 622.

[83]) So anscheinend für § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Aufl., S. 247.

Der Theorie, nach welcher letzteres ausschlaggebend ist,[84]) kann nicht gefolgt werden. Aus Gesetz und Sprachgebrauch ergibt sich nicht, daß ein Dienstverhältnis, welches die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten hauptsächlich in Anspruch nimmt, dessen hauptsächlichste Einkommensquelle bilden muß. Das Wort „Erwerbstätigkeit" in § 617 ist nur als Gegensatz zu unentgeltlicher Tätigkeit gewählt. Hieße es statt „Erwerbstätigkeit" in § 617 bloß „Tätigkeit", so wäre man zu der Annahme gezwungen, daß jemand, dessen Tätigkeit in einem Dienstverhältnisse nur kurze Zeit in Anspruch genommen ist, und der ohne Vergütung für sich oder andere während der ihm freigebliebenen Zeit weit länger tätig ist, z. B. ein Hauslehrer, welcher zwei Stunden täglich seinem Zögling Unterricht erteilt und acht weitere Stunden mit Studien für sich ausfüllt, den Schutz des § 617 nicht genießt. Erwerbstätigkeit ist dem deutschen Sprachgebrauche zufolge eine Tätigkeit, die auf Erwerb gerichtet ist, eine Tätigkeit mit Erwerb. Der Ton liegt also auf Tätigkeit. Hauptsächlich in Anspruch genommene Erwerbstätigkeit kann nie eine Tätigkeit mit hauptsächlichem Erwerb, sondern nur eine hauptsächlich in Anspruch genommene Tätigkeit mit Erwerb bedeuten. Und das richtet sich nach der Dauer der Dienstleistungen, nicht nach der Intensität derselben und nicht nach dem Einkommen.[85]) Wie lange die Arbeitskraft des Dienstverpflichteten dem Dienstberechtigten zur Verfügung steht — das allein ist maßgebend. Sind also von einer zehnstündigen entgeltlichen Tätigkeit des C. sieben Stunden dem A. und drei dem B. gewidmet, so nimmt A. die Erwerbstätigkeit des C. „hauptsächlich" in Anspruch, ganz gleich, ob er für die sieben Stunden nur fünf Mark, B. für die drei Stunden fünfzehn Mark bezahlt. Bloß in dem Falle, wo durch verschiedene Erwerbstätigkeiten der Dienstverpflichtete zu je gleichen Zeiten in Anspruch genommen ist, entscheidet der höhere Lohn.[86])

---

[84]) Sigel a. a. O. S. 105.

[85]) Der gleichen Ansicht sind Lotmar S. 403 Anm. 4; Meyer in der Deutschen Juristen-Zeitung Bd. 7 S. 450; Pick, Die Lohnbeschlagnahme nach österreichischem und deutschem Rechte S. 48; Kisch in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 30 S. 450; Bezold, Das Reichsgesetz, betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes S. 116; Mandry-Geib a. a. O. S. 247 Anm. 17 und Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 22. Oktober 1878 in Entsch. Bd. 24 S. 362.

[86]) Pick a. a. O. S. 48; Meyer in der Deutschen Juristen-Zeitung S. 450.

Sind Zeit und Lohn dagegen überall dieselben, so ist keine hauptsächlich in Anspruch genommene Erwerbstätigkeit vorhanden.

Hinzuzufügen ist noch zweierlei. Einmal ist mit zufälligen, sporadischen Diensten nicht zu rechnen. Es muß immer ein bestimmtes stetiges Verhältnis vorliegen.[87]) Und zweitens ist es völlig belanglos, ob der Dienstverpflichtete während der ihm freibleibenden Zeit, auch wenn diese den größten Teil des Tages einnimmt, eine Erwerbstätigkeit ausüben könnte. Erwerbstätigkeit, nicht Erwerbsfähigkeit steht hier in Frage.[88])

Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft.

A. Bezüglich der „Aufnahme" — in gleicher Bedeutung findet sich das Wort „aufnehmen" in §§ 196 ad 12, 618, 701, 1093 B.G.B. — sind folgende zwei Bemerkungen zu machen:

a) Über das Wesen der „Aufnahme" ist ein Streit denkbar, welcher mit dem über die Rechtsnatur des Verlöbnisses große Ähnlichkeit aufweist. Auch hier fragt es sich, ob die „Aufnahme" als Rechtsgeschäft oder als bloße Tatsache anzusehen ist, auch hier hat man sich richtiger Ansicht nach für das erstere zu entscheiden.[89]) Die Aufnahme ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Sie kommt durch die übereinstimmenden Willenserklärungen des Dienstberechtigten und des Dienstverpflichteten zustande. Eine Aufnahme von seiten des Dienstberechtigten und ein Sichaufnehmenlassen von seiten des Dienstverpflichteten sind erforderlich. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Aufnahme im Dienstvertrage vereinbart sein muß. Sie kann natürlich ausdrücklich oder stillschweigend sich an diesen knüpfen.[90]) Die beiden die Aufnahme be-

[87]) Urteil des Gewerbegerichts Stuttgart vom 14. August 1902 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 354.

[88]) So richtig Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., S. 618 Anm. 1b; Lotmar S. 403 Anm. 4. A. A. Reichsoberhandelsgericht Bd. 24 S. 363, 364; Vierhaus, Sammlung kleinerer privatrechtlicher Reichsgesetze S. 23; Mandry-Geib a. a. O. S. 247 Anm. 10; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 109 Anm. 6, der sich der Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts unter der Voraussetzung anschließt, daß der Dienstverpflichtete zu anderweitigem Verdienste Gelegenheit hat.

[89]) Siehe für das Verlöbnis z. B. Dernburg Bd. 4 S. 22 und Kuhlenbeck, Kommentar, 2. Aufl., Bd. 2 S. 343.

[90]) Bei stillschweigender Übernahme durch den Dienstvertrag richtet sich

gründenden Verpflichtungen können aber ebensogut auf Grund eines besonderen Vertrages — entweder ausdrücklich oder stillschweigend — übernommen worden sein.

b) Es macht keinen Unterschied aus, ob die Aufnahme anfänglich beim Eingehen des Dienstvertrages oder erst nachträglich erfolgt ist.[91])

B. Der Begriff der „häuslichen Gemeinschaft" erfordert ein näheres Eingehen.

a) In § 617 sowie in den Stellen des B.G.B., wo der Ausdruck „häusliche Gemeinschaft" noch vorkommt (§§ 618, 1358, 1567, 1571, 2028), werden keinerlei Anhaltspunkte geboten. Auch kann der Ansicht, daß § 618 Abs. 2 B.G.B. mittelbare Auskunft gibt,[92]) nicht beigetreten werden.[93]) § 618 Abs. 2 — ganz entsprechend § 62 Abs. 2 H.G.B. — sagt nur, daß, falls bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft Wohn- und Schlafraum sowie Verpflegung gewährt werden, in Ansehung dieser der Dienstberechtigte gewisse Einrichtungen und Anordnungen zu treffen hat, keineswegs aber, daß Wohn- und Schlafraum sowie Verpflegung gewährt werden müssen. Sollte sich aus § 618 Abs. 2 eine derartige Folgerung für den § 617 wirklich herleiten lassen, so müßte man entweder annehmen, daß nur die Gewährung von Wohn-, Schlafraum und Verpflegung zusammen eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft bewirken kann, oder eines von den dreien genügt.[94]) Das ist unbedingt nicht richtig. Wollte man dieser Ansicht folgen, so würde man sich zweifellos in einem zu Hoch oder zu Niedrig vergreifen und in kleinliche Engherzigkeit oder zu weitgehende Leichtfertigkeit verfallen. Beides würde dem gesetzgeberischen Willen nicht entsprechen.

b) Zu prüfen ist, ob sich aus ähnlichen Ausdrücken im B.G.B. Anhaltspunkte gewinnen lassen.

Das B.G.B. spricht in verschiedenen Paragraphen vom „Hauswesen" (§§ 845, 1356, 1617), vom „Haushalt" (§§ 196, 855, 1361, 1618, 1620, 1932) und vom „Hausstand" (§§ 1617, 1618, 1619, 1969).

---

das Dasein der Aufnahme nach der Verkehrssitte, z. B. bei einem Dienstvertrage mit städtischem Gesinde oder mit Haushälterinnen. Vgl. dazu Lotmar S. 658; Kähler, Gesindewesen und Gesinderecht S. 133.

[91]) Oertmann S. 338 Anm. 2c.

[92]) Lotmar S. 658; Goldmann-Lilienthal S. 621 Anm. 7.

[93]) So richtig Oertmann S. 338 Anm. 2c.

[94]) Letztere Ansicht wird von Goldmann-Lilienthal S. 621 Anm. 27 vertreten.

Was diese Begriffe bedeuten, läßt sich aus dem Wortlaute der betreffenden Paragraphen selbst nicht entnehmen. Soviel geht jedoch aus einem Vergleiche zwischen ihnen hervor, daß Hauswesen, Haushalt und Hausstand sich — wie das ja auch im Sprachgebrauche der Fall ist[95]) — decken.

Eine Definition ist, wie gesagt, für diesen gemeinsamen dreinamigen Begriff nirgends im B.G.B. gegeben. Es steht also nichts im Wege, ihn so zu bestimmen, wie die Wissenschaft ihn für die Volkswirtschaftslehre sowohl wie für andere Gesetze festgelegt hat. Danach ergibt sich, daß der Haushalt (Hausstand, Hauswesen) die Wirtschaftsführung eines einzelnen oder einer Mehrheit von Personen unter dem Gesichtspunkte der Ordnung ihres Güterverbrauches betrachtet ist,[96]) und man von Zugehörigkeit jemandes zum Haushalte (Hausstand, Hauswesen) eines anderen nur sprechen kann, wenn er zu dem Kreise der unter einem Oberhaupte vereinigten und von diesem wirtschaftlich abhängigen Personen gehört.[97]) Die Merkmale der Zugehörigkeit zum Haushalte sind demnach: Vorhandensein eines Oberhauptes, eine einheitliche Wirtschaftsführung und wirtschaftliche Abhängigkeit. Dieser Begriff der Zugehörigkeit zum Haushalte kann sich nicht mit dem der Zugehörigkeit zur häuslichen Gemeinschaft decken. Ersterer ist weitergehender, zu letzterem muß mehr gehören. Das ergibt sich schon aus der gewöhnlichen Lebensauffassung und der Wahl dieses besonderen Wortes in § 617. Sonst hätte hier das B.G.B. wie etwa in den §§ 1617, 1618, 1619, 1969 gesagt, falls die Dienstverpflichteten „zum Hausstande — des Dienstberechtigten — gehören" oder den in § 22 K.O. sich findenden Ausdruck „ein in dem Haushalte angetretenes Dienstverhältnis" gebraucht, oder wie in § 11 des Preußischen Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891 von „Angehörigen der Haushaltung", oder wie § 22 des Gewerbe-Unfallversicherungsgesetzes und § 22 des Land- und Forstwirtschaft-Unfallversicherungsgesetzes und § 7 Ziff. 1 des Krankenversicherungsgesetzes

---

[95]) Vgl. Adelung, Grammatisch-kritisches Wörterbuch Bd. 2 S. 1033 unter „Hauswesen"; Heyne, Deutsches Wörterbuch, kleine Ausgabe, S. 545 unter „Haushalt" und „Hausstand"; Grimm, Deutsches Wörterbuch 4. Bd. 2. Abt. S. 670 unter „Haushalt" und S. 690 unter „Hausstand".

[96]) Philippovich, Grundriß der Volkswirtschaftslehre Bd. 1 S. 324.

[97]) Fuisting, Die Preußischen direkten Steuern, 4. Aufl., Bd. 1 S. 111, 112; Dronte in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 31 S. 521.

von „Mitgliedern der Haushaltung", oder wie das neue Kinderschutz-Gesetz, das nach seinem § 31 am 31. Januar 1904 in Kraft treten wird, von Dienstverpflichteten, die „zu dem Haushalte desjenigen gehören, welcher sie beschäftigt", gesprochen. Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ist zwar ohne Zugehörigkeit zum Haushalte nicht denkbar. Aber es kann eine Zugehörigkeit zum Haushalt ohne Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft geben.[98]) Haushaltungszugehörigkeit verhält sich zur häuslichen Gemeinschaft ähnlich wie eheliche Gemeinschaft zur häuslichen Gemeinschaft.[99]) Die Haushaltungszugehörigkeit und die eheliche Gemeinschaft werden durch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht unter allen Umständen notwendig beeinträchtigt. Mit der gerechtfertigten Aufhebung derselben ist die Fortdauer der einen wie der anderen wohl vereinbar.

c) Zu berücksichtigen sind die Ergebnisse der Theorie wie Praxis über den Begriff der „häuslichen Gemeinschaft" in § 62 Abs. 2 H.G.B. und in § 247 Str.G.B. sowie in der Preuß. Ges.O., die allerdings dies Erfordernis nicht ausdrücklich aufstellt, aber ihrem ganzen Systeme

---

[98]) So richtig ohne nähere Begründung Lotmar S. 658 Anm. 2; Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl., Bd. 1 S. 109; Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Aufl., Bd. 1 S. 183, wo treffend Bismarcks Hausarzt, Dr. Chrysander, als ein Beispiel für die sonst regelmäßig nicht erforderliche Notwendigkeit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft für ein Dienstverhältnis „im Haushalte" angeführt wird. A. A. ist Gerhard a. a. O. S. 22 u. 26 ff., der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und Zugehörigkeit zum Hausstand als gleichbedeutend ansieht; Opet a. a. O. S. 105 Anm. 7a, der als häusliche Gemeinschaft „die Gemeinschaft der Haushaltung" bezeichnet, das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 17. Oktober 1900 bei Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. 2 S. 329 Nr. 142e, wo es heißt: „Die Ausdrucksweise „häusliche Gemeinschaft" hat hier — im § 1571 Abs. 2 B.G.B. — dieselbe Bedeutung, wie in den §§ 1567, 2028 und will nichts anderes als „gemeinschaftliche Haushaltung" besagen"; Boehm, Das Gesetz, betreffend die Erbschaftssteuer S. 155: „Unter dem Hausstande kann nichts anderes verstanden werden, als die häusliche Gemeinschaft"; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", 2. Aufl., S. 320: „Häusliche Gemeinschaft ist Gemeinschaftlichkeit des Haushaltes (des Herdes)."

[99]) So richtig ohne nähere Begründung Süßheim im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91 S. 406, 407; Dernburg Bd. 4 S. 80 Anm. 16; Urteil des Oberlandesgerichts Königsberg vom 9. Juni 1902 bei Mugdan-Falkmann Bd. 5 S. 399.

(vgl. insbesondere die §§ 86, 93) und dem § 4 A.L.R. I 1 nach kennt, welcher das Gesinde mit zur „häuslichen Gesellschaft" rechnet.[100]) Ein fester Maßstab wird aber in keinem dieser Gesetze geboten.

d) Darüber, wann der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, bestehen also nach wie vor Zweifel.

Von den vielen Theorien, die über den in Frage stehenden Kautschukbegriff aufgestellt worden sind, fassen einige die häusliche Gemeinschaft zu eng, andere zu weit auf. Da das Gesetz schweigt, so ist das Ansichtssache. Wir halten eine Unterstellung des Dienstverpflichteten in seinem dienstlichen wie außerdienstlichen Verhalten unter die Hausordnung des Dienstberechtigten für das entscheidende.[101]) Keine Gemeinschaft ohne Ordnung, keine häusliche Gemeinschaft ohne Hausordnung, keine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ohne Unterstellung unter diese.

Wie weit die Abhängigkeit von der Hausordnung zu gehen hat, hängt ganz von dem Willen des Dienstberechtigten, nie aber — das ist das ausschlaggebende Merkmal — von dem Willen des Dienstverpflichteten allein ab. Ob sie vorliegt, muß im einzelnen Falle Gegenstand tatsächlicher Würdigung sein.

Aus dieser Auffassung ergeben sich folgende Konsequenzen.

α) Der Dienstverpflichtete braucht nicht den Wohn- oder Schlafraum des Dienstberechtigten zu teilen. Er kann auch auf einem anderen Flur oder Stockwerk wohnen.

Ebensowenig ist notwendig, daß der Dienstverpflichtete „unter das Dach" aufgenommen ist, unter welchem der Dienstberechtigte wohnt, oder daß er beim Schlafen unter zweierlei Dach nur dann in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, wenn er wenigstens bei der Hauptmahlzeit die Wohnung des Dienstberechtigten zu teilen

---

[100]) Nußbaum a. a. O. S. 4 u. 44; Lindenberg a. a. O. S. 5; Jakobi, Preußische Gesindeordnung S. 44; Lotmar S. 484.

[101]) Ebenso für das preußische Gesinderecht Zürn a. a. O. S. 5; Gerhard a. a. O. S. 28; Lindenberg a. a. O. S. 5; das Urteil des Kammergerichts vom 28. Februar 1873 in Striethorsts Archiv Bd. 88 S. 217 Nr. 32. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 617 und Matthias a. a. O. S. 520 verlangen gleichfalls Unterstellung unter die „häusliche Zucht", außerdem aber noch Wohnung und Kost. Dagegen Oertmann a. a. O. S. 338 Anm. 2c; Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 422 Anm. III 5.

pflegt.[102]) Daß der Dienstverpflichtete im Hause des Dienstberechtigten schläft, kann nicht ausschlaggebend sein. Ebensowenig ein Wohnen in einem zur rechtlichen Verfügung des Dienstberechtigten, z. B. infolge von Miete, stehenden Raume. Man wird nach allgemeiner Lebensauffassung einerseits Aufwärterinnen, Näherinnen, Laufburschen u. dgl. nicht als in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen betrachten, auch wenn sie aus bestimmten Gründen längere Zeit im Hause des Dienstberechtigten wohnen, andererseits Kutscher, Stallknechte u. dgl. nicht deshalb als aus der häuslichen Gemeinschaft ausgeschlossen ansehen, weil sie anderswo als bei dem Dienstberechtigten schlafen. Denn jene unterliegen in der Zeit, wo sie nicht bei dem Dienstberechtigten tätig sind, gar nicht dessen Anordnungen, sondern können tun und lassen, was sie wollen. Diese aber haben sich auch im außerdienstlichen Verhalten nach den Bestimmungen des Dienstberechtigten zu richten.[103])

Als ein bezeichnendes Beispiel, daß allein die Unterordnung unter die Hausordnung des Dienstberechtigten und nicht das Wohnen entscheidend ist, sei der Portier angeführt. Eine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ist sowohl für den Portier eines gewerblichen Gebäudes, als auch für den Portier eines von mehreren Parteien bewohnten Mietshauses, als auch für den Portier eines Einzelfamilienhauses zu verneinen, obwohl er unter dem Dache mit dem Dienstberechtigten wohnt.[104]) Denn es liegt im Wesen der eigentlichen

---

[102]) Das fordert Lotmar S. 660, sowie in ähnlicher Weise Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 422 Anm. III 3 und Crome, System Bd. 2 S. 650, der Aufnahme „in die Familienwohnung, in Kost und Logis" verlangt, sowie zum Teil auch die in Anm. 99 und 105 Zitierten. Richtig Oertmann S. 538 Anm. 2c und für § 247 Str.G.B. Olshausen a. a. O. S. 934 Anm. 7: „Demgemäß bedingt einerseits das Wohnen unter demselben Dache nicht notwendig eine „häusliche Gemeinschaft", andererseits aber erscheint ein solches Wohnen auch nicht unbedingt erforderlich", sowie auch Planck, Anm. 4c zu § 617: „Es ist nicht notwendig, aber auch nicht allein genügend, daß der Dienstpflichtige mit dem Dienstherrn in einem Hause wohnt."

[103]) Vgl. dazu noch die Ausführungen bei Gerhard a. a. O. S. 28. In übereinstimmender Weise hat auch das Bundesamt für Heimatwesen in seinem Urteile vom 22. Dezember 1894 im Preußischen Verwaltungsblatt Bd. 16 S. 315 angenommen, daß die Unterordnung unter die Hausordnung des Dienstberechtigten noch nicht dadurch beseitigt wird, wenn der Dienstverpflichtete nach getroffener Abrede nicht bei dem Dienstberechtigten nächtigt.

[104]) A. A. Lindenberg a. a. O. S. 12, 13a.

Portiertätigkeit, daß er, abgesehen von den ihm obliegenden Diensten, wie Öffnen und Schließen der Tür, Hausreinigung, Instandhaltung usw., mit seiner Zeit ohne, ja selbst wider den Willen des Dienstberechtigten machen kann, was er will.

β) In gleicher Weise ist die Beköstigung durch den Dienstberechtigten zur Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft weder erforderlich noch hinreichend.[105]) Sie ist nicht hinreichend, weil eine Beköstigung aus der Wirtschaft des Dienstberechtigten ohne Unterwerfung unter die Hausordnung nur eine Kostgemeinschaft, nicht eine häusliche Gemeinschaft herstellt. Sie ist nicht erforderlich, weil es vollkommen genügt, daß der Dienstverpflichtete sich der Hausordnung des Dienstberechtigten unterworfen hat.

Diese Ansicht findet eine Bekräftigung in der Preuß. Ges.O. von 1810. „Kostgeld oder die Beköstigung des städtischen und ländlichen Gesindes ohne Ausnahme hängt bloß von freier Übereinkunft bei der Vermietung ab" (§ 32 Ges.O.). Trotzdem wird allgemein eine Aufnahme des Gesindes in die häusliche Gemeinschaft angenommen.[106])

γ) Auch die Führung eines eigenen Haushaltes ist nicht unbedingt mit der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft unver-

---

[105]) Richtig Lotmar S. 661. A. A. außer den in Anm. 99 und 102 Zitierten noch Lipinski a. a. O. S. 58, der Wohnung und Kost verlangt; Kuhlenbeck, Kommentar Anm. 2 zu § 617, der „Abhängigkeit des Dienstpflichtigen von der Wirtschaft und Hausherrschaft des Dienstherrn in der Beköstigung und dem außerdienstlichen Verhalten" fordert; Planck a. a. O. Anm. 4c zu § 617, der „Mahlzeiten aus der Wirtschaft des Dienstherrn" neben Nichtführen einer eigenen Hauswirtschaft als regelmäßig ausschlaggebendes Merkmal betrachtet; Lehmann-Ring a. a. O. S. 161 Anm. 5 zu § 62 H.G.B., der „wohnen und verpflegt werden" für entscheidend erachtet.

[106]) Damit soll aber noch nicht gesagt sein, daß Wohnung und Kost im Hause des Dienstberechtigten nicht wichtige, bedeutsame Anzeichen für die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft bilden. Sie sind nur keine Essentialen derselben, keine untrüglichen Merkmale. So bemerkt richtig Oertmann S. 338 Anm. 2c: „Bedeutsam wird ferner meist der Umstand sein, ob der Betreffende an den häuslichen Mahlzeiten der Familie des Dienstherrn teil nimmt oder wenigstens aus dessen Küche beköstigt wird", und das Urteil des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 26. Januar 1899 in der Deutschen Juristen-Zeitung V. Jahrg. S. 120: „Die häusliche Unterordnung findet ihren Ausdruck in der Gewährung von Wohnung und Beköstigung", wozu noch hinzuzufügen ist, daß sie ihn darin aber nicht unbedingt finden muß.

einbar.[107]) Natürlich wird diese selbständige Haushaltung des Dienstverpflichteten infolge der Unterordnung unter die Hausordnung des Dienstberechtigten nur eine unvollständige, die Selbständigkeit eine begrenzte sein.[108]) Der Dienstverpflichtete muß ja immer im Haushalte des Dienstberechtigten „den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen" haben.[109])

d) Bei unserer Auffassung erübrigt sich jede Erörterung darüber, als was die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft sich darstellen kann, insbesondere ob sie Naturalvergütung ist oder nicht.[110]) Denn die Unterstellung des Dienstverpflichteten unter die Hausordnung des Dienstberechtigten hat mit der Vergütung nichts zu tun. Desgleichen ist es für den Begriff der häuslichen Gemeinschaft völlig unerheblich, ob der Dienstverpflichtete für die Teilnahme am Haushalte, beispielsweise an den Mahlzeiten, ein Äquivalent gibt oder nicht.[111])

e) In engem Zusammenhange mit der Frage, was zur Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft gehört, steht die weitere Frage, wer in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen kann. Auch hier hüllt sich das Gesetz in Schweigen. § 617 sagt nur, „Ist . . . der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen", ohne irgendwie anzugeben, in wessen häusliche Gemeinschaft. Auch diesbezüglich bedarf es also nach verschiedenen Richtungen hin einiger aufklärender kurzer Bemerkungen.

---

[107]) A. A. Laß a. a. O. S. 18; Nußbaum a. a. O. S. 5; Dernburg, Lehrbuch Bd. 2 S. 412; Planck Anm. 4c zu § 617.

[108]) Richtig Gerhard a. a. O. S. 29 unter d; Jakobi a. a. O. S. 45, der erklärt: „In Fällen, wo die gemietete Person einem eigenen selbständigen Haushalte vorsteht, wird meist das Gesindeverhältnis zu verneinen sein. Doch kommt es auch hier auf den einzelnen Fall an"; Lotmar S. 746, welcher Ehestand und eigenes Familienleben bei Hausgemeinschaft mit den Dienstberechtigten nur für „in der Regel tatsächlich ausgeschlossen" erachtet, und Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 10. Juni 1895 im Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 17 S. 96, nach welchem „der Umstand, daß er — der Dienstverpflichtete — nach dem Vertrage auch freie Wohnung für sich und seine Ehefrau erhielt und in dieser Wohnung seinen eigenen Hausstand hatte, dessen Kosten er aus seinem jährlichen Lohn und Deputat bestreiten mußte", noch nicht die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ausschließt.

[109]) Letzterer Ausdruck stammt von Dernburg Bd. 4 S. 235, wo er als Kritikum für die Hausangehörigkeit der ehelichen Kinder gebraucht ist.

[110]) Siehe Lotmar S. 657, 658.

[111]) So auch Dernburg Bd. 4 S. 235 Anm. 3 für die Hausangehörigkeit der ehelichen Kinder.

α) Jedenfalls ist für § 617, wie in den obigen Ausführungen schon stillschweigend vorausgesetzt wurde, anzunehmen, daß die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten gemeint ist. Sonst hätte der in Rede stehende Begriff gar keinen Sinn.

β) Wie aber, wenn der Dienstberechtigte selbst eine „häusliche Gemeinschaft" nicht hat, sondern eine einzelstehende Person, z. B. ein Junggeselle, ein unverheiratetes Mädchen, ein kinderloser Witwer ist?

Es genügt nach dem deutschen Sprachgebrauche,[112]) daß die häusliche Gemeinschaft erst durch die Aufnahme des Dienstverpflichteten gebildet wird, sie braucht nicht von vornherein vorhanden gewesen zu sein.

γ) Ein anderer Zweifel entsteht, wenn der Dienstberechtigte nicht eine physische, sondern eine juristische Person oder eine Gesellschaft zur gesamten Hand ist. Ist dann eine „häusliche Gemeinschaft" überhaupt möglich?

Die Antwort muß eine bejahende sein. Es kann hier ebenso gut wie bei einer physischen Person ein Haushalt vorhanden sein, folglich auch eine Hausordnung bestehen, folglich auch eine Unterwerfung unter dieselbe stattfinden. Es liegt bei unserer Auffassung kein Grund vor, die Rechtsfolgen des § 617 deshalb auszuschließen, weil der Dienstberechtigte als juristische Person selbst nicht haust noch speist.[113])

Dies Ergebnis ist ein durchaus befriedigendes. Andernfalls würde man dahin kommen, daß eine häusliche Gemeinschaft, ohne irgend welche andere Änderung, nur deshalb aufhört zu bestehen, weil z. B. an die Stelle eines leibhaftigen Bäckermeisters eine Aktiengesellschaft getreten ist. Damit würden die dem Dienstverpflichteten vorteilhaften Rechtsfolgen, die § 617 mit an die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft knüpft, ohne irgend ein Verschulden seinerseits aufhören. Das wäre zweifellos eine große Ungerechtigkeit. Es würde eine Verschlechterung der Lage des Dienstverpflichteten ohne eine ausgleichende Verbesserung eintreten.

δ) Endlich sei noch erwähnt, daß der Dienstberechtigte eine eigene Wohnung oder eigene Möbel nicht zu haben braucht und doch in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen kann. Nötig ist nicht einmal ein

---

[112]) Die deutsche Sprache liebt es im Gegensatz zu anderen Sprachen, wie etwa der französischen, Zukünftiges durch Formeln der Gegenwart auszudrücken. Wir sagen z. B. „ich komme morgen", statt „ich werde morgen kommen."

[113]) Falls man unsere Ansicht nicht teilt, ergeben sich hier große Schwierigkeiten und Inkonsequenzen, siehe Lotmar S. 662.

fester Wohnsitz. Der Dienstberechtigte kann Wohnung wie Wohnsitz fortwährend wechseln. Der Artist, der sein Wohnbedürfnis in einem Wagen, mit dem er auf Messen und Märkte fährt, befriedigt, kann sehr wohl in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen. Auch jemand, der lediglich zur Begleitung auf eine längere Reise oder von einer Person, die z. B. in einem Bade lebt, in einer dort gemieteten möblierten Wohnung schläft und in einem Gasthause speist, angenommen worden ist, kann Hausgenosse sein.[114])

Erkrankung.

A. Von rein sprachlichem Gesichtspunkt aus bedeutet „Erkrankung" ein Krankwerden, steht also im Gegensatze zur „Krankheit", dem Kranksein.[115])

Danach würde der Dienstberechtigte nur dann, wenn der Dienstverpflichtete im Dienste krank wird und nicht dann, wenn er schon vor Antritt des Dienstes krank war, die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren haben.

B. Was sich dem Sprachgebrauche nach ergeben würde, wäre unerfreulich. Einerseits würde es in den einzelnen Fällen unmöglich oder zum mindesten äußerst schwierig und strittig sein, festzustellen, ob der Dienstverpflichtete schon vorher krank war oder erst jetzt krank geworden ist. Andererseits würde der Dienstverpflichtete, falls er wirklich schon vorher krank war, seiner Rechte aus § 617 verlustig gehen, ohne den Dienstberechtigten eines etwaigen früheren Dienstverhältnisses in Anspruch nehmen zu können. Der Begriff der „Erkrankung" wäre mithin ein recht unglücklich gewählter, ein in der Praxis so gut wie unbrauchbarer. Er wäre mit dem sozialpolitischen Zwecke des § 617, Fürsorge dafür zu treffen, daß die wirtschaftlichen Nachteile, welche Erkrankungen des Dienstverpflichteten nach sich ziehen, von diesem Teile der Bevölkerung abgewendet werden, völlig unvereinbar.

C. Es lohnt sich daher der Mühe zu untersuchen, ob auch für § 617 „Erkrankung" und „Krankheit" zwei auseinander zu haltende Begriffe sind.

---

[114]) Dazu Gerhard a. a. O. S. 26, 27; Lotmar S. 659.

[115]) Siehe Heyne a. a. O. S. 325 unter „Erkrankung" und S. 664 unter „Krankheit"; Grimm, Deutsches Wörterbuch 5. Bd. S. 2038 unter „Krankheit", wo es heißt: „es ist sowohl das Kranksein, aegrotatio, als das Leiden ärztlich betrachtet, morbus." Ebenso auch Goldmann-Lilienthal S. 622 Anm. 20.

a) Handelt es sich um die Bedeutung eines vom Gesetze gebrauchten Wortes, so ist zunächst zu untersuchen, ob sich im Gesetze selbst irgend welcher Anhalt dafür findet, welchen Sinn der Gesetzgeber dem betreffenden Worte beigelegt wissen wollte.

Das BGB. kennt beide Worte. Außer in § 617 spricht es noch in § 1316 sowie im E.G. Art. 46 § 50 von „Erkrankung" und in den §§ 1358, 1379, 1401, 1447, 1450, 1569, 1786, 2250 sowie im E.G. Art. 42 § 3 von „Krankheit". Eine Legaldefinition wird aber von keinem der zwei Ausdrücke gegeben, und auch aus dem Sprachgebrauche des B.G.B. erhellt nicht, daß der Gesetzgeber, wenn er von „Erkrankung" spricht, einen Unterschied zur „Krankheit" hat machen wollen. Der Grundsatz eines einheitlichen Sprachgebrauches im B.G.B. ist ja häufig nicht folgerichtig durchgeführt. Hinsichtlich der „Erkrankung" und „Krankheit" tritt das besonders in § 1316 zu Tage. Das Gesetz erklärt hier, das Aufgebot dürfe unterbleiben, wenn die „lebensgefährliche Erkrankung" eines der Verlobten einen Aufschub der Eheschließung nicht gestattet. Daß hier „lebensgefährliche Erkrankung" nichts Anderes als „lebensgefährliche Krankheit" bedeuten kann, dürfte auf der Hand liegen. Schon daraus könnte man entnehmen, daß das, was für einen Paragraphen gilt, auch für jeden anderen gelten kann, wenn es seinem Sinn und Zweck entspricht.

b) Bestärkt wird diese Ansicht, wenn man das Krankenversicherungsgesetz, das Unterstützungswohnsitzgesetz und die neue Seemannsordnung vom 2. Juli 1902 zur Analogie heranzieht. In den beiden ersteren Gesetzen sind zwar auch an keiner Stelle die Begriffe „Krankheit" und „Erkrankung" definiert. Doch ist man hier wie dort allgemein der Auffassung, daß immer nur ein Krankseln, nie ein Krankwerden in Betracht kommen kann, auch an den Stellen, wo das Wort „Erkrankung" ausdrücklich gebraucht ist (§§ 3a, 57a, 76c K.V.G., § 29 U.W.G.)[116]) Und was die Seemannsordnung anbetrifft, so wird hier

[116]) Vgl. z. B. Rosin a. a. O. S. 467 Anm. 10; Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 29. Januar 1903 in Arbeiterversorgung XX. Jahrg. S. 466: „Wären die Worte in § 57a „Erkrankung" und „erkranken" in dem Sinne zu nehmen, daß es auf den Zeitpunkt ankommt, in welchem ein Mitglied nach Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft erkrankt ist, so würde die mit § 75a beabsichtigte Regelung vielfach versagen. So namentlich dann, wenn die Erkrankung nicht an dem außerhalb des Kassenbezirkes belegenen Wohnort eintritt, sondern an dem innerhalb oder auch außerhalb des Kassen-

genau ebenso bald von „Krankheit" (§ 59 Ziff. 1, § 62) und bald von „Erkrankung" (§ 63) gesprochen, ohne daß irgend ein Unterschied gemacht ist.[117])

c) Ferner ist noch folgendes zu erwägen. § 617 bildet, wie oben schon hervorgehoben wurde, die Ausfüllung einer Lücke der reichsrechtlichen Krankenversicherung. Abgesehen vom zeitlichen Umfang ist — das wird weiter unten noch ausführlich auseinandergesetzt werden — der Inhalt des dem Dienstverpflichteten nach § 617 zustehenden Anspruchs derselbe wie der des im Krankenversicherungsgesetze dem Versicherungspflichtigen zustehenden Anspruchs, und muß es seinem Zwecke entsprechend auch sein. Würde man nun für den Begriff der „Erkrankung" in § 617 etwas Anderes annehmen als für den gleichen Begriff auf dem Gebiete des Krankenversicherungsgesetzes, so hieße das eine Schlechterstellung des Dienstverpflichteten. Dieser würde dann auch inhaltlich, nicht nur zeitlich weniger bekommen als die gegen

bezirkes belegenen Beschäftigungsort. „Erkrankung, erkranken" sind mangels eines Anhaltes für das Gegenteil in demselben Sinne zu verstehen, in dem das Gesetz das Wort „Krankheit" gebraucht"; Wohlers-Krech a. a. O. S. 117; Eger a. a. O. S. 163 Anm. 89.

[117]) Vgl. dazu A. Olshausen in Arbeiterversorgung XX. Jahrg. S. 449 ff., wo es unter anderem folgendermaßen heißt: „Die Auffassung von dem Begriffe der „Erkrankung" — als des Beginnes eines Zustandes, welcher eine Verpflegung und Heilbehandlung notwendig macht — stimmt auch mit dem Inhalt der Bestimmung des § 59 Ziff. 1 überein, nach welcher der Rheder, wenn der Schiffsmann wegen der „Krankheit" die Reise nicht antritt, bis zum Ablauf von 3 Monaten seit der „Erkrankung" für die Kosten der Verpflegung und Heilung haftet. In dieser Beziehung ist offenbar sowohl der Begriff der „Krankheit", welcher sprachlich nichts anderes als den durch die Erkrankung hervorgerufenen Zustand bedeutet, wie der Begriff „Erkrankung" als etwas in die äußere Erscheinung Getretenes aufgefaßt; denn einerseits kann naturgemäß von dem Nichtantreten des Dienstes wegen Krankheit dann nicht die Rede sein, wenn die Krankheit noch nicht hervorgetreten ist, also noch Niemanden, insbesondere nicht dem Schiffsmann selbst, bekannt ist. Andererseits aber erscheint es — besonders viel mit Rücksicht auf die Bestimmung in Ziff. 1 des § 59 — zweifellos, daß dem Schiffsmann auf Grund des in Ziff. 1 Bestimmten Verpflegung und Heilung auf volle drei Monate zu teil werden soll; die dreimonatliche Frist kann daher frühestens beginnen, wenn die Notwendigkeit einer Verpflegung und Heilung hervortritt, und nicht schon dann, wenn der Keim zur Krankheit gelegt wird; sonst müßte von dem dreimonatlichen Zeitraum diejenige Zeit in Abzug zu bringen sein, während welcher die Krankheit sich bis zum Hervortreten entwickelt hat."

Krankheit versicherten Personen. Der Dienstverpflichtete, welcher schon vor dem Dienstantritte krank war, würde nach § 617 keinen Anspruch haben, während der gegen Krankheit versicherte Arbeiter selbst dann einen Anspruch hat, wenn die Krankheit bei Beginn der Beschäftigung schon ausgebrochen ist. Ein derartiges Ergebnis wäre im höchsten Grade unbefriedigend und ist wohl zweifellos nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt.[118])

d) Endlich ist der mögliche Einwand, § 617 beruhe auf dem Gedanken eines Kausalzusammenhanges zwischen Dienst und Erkrankung in der Art, daß der Dienstverpflichtete gegen die Folgen alles dessen, was ihm bei Ausübung seines Dienstes in gesundheitlicher Beziehung zustoße, gesichert sein solle und es ergebe sich hieraus, daß „Erkrankung" nur ein Krankwerden während des Dienstverhältnisses bedeuten könne, nicht stichhaltig. Ein derartiger Kausalzusammenhang liegt nicht vor. Der Dienstberechtigte haftet auch für alle nicht bei Ausübung des Dienstes zugezogenen Krankheiten des Dienstverpflichteten. Und ferner müßte es bei Annahme eines Kausalzusammenhanges gleichgültig sein, ob die Krankheit bereits im Dienst oder erst nach dessen Beendigung hervortritt. Nach § 617 ist aber der Dienstberechtigte „nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus" haftpflichtig.[119])

e) „Erkrankung" bedeutet — das ist das Ergebnis, zu dem wir gelangen — mithin in § 617 dasselbe wie „Krankheit".

D. Was heißt nun aber „Erkrankung" im Sinne von „Krankheit"?

Bei der Feststellung dieses Begriffes darf man an den Erfahrungen, welche vor allem im Krankenversicherungsrechte Theorie und Praxis im ernsten Mühen von zwei Jahrzehnten gemacht haben, nicht achtlos vorübergehen. „Hat doch die Vorwelt schon vor uns gedacht!" Eine Berücksichtigung und Verwertung dessen, was hier für den Begriff der „Krankheit" die allgemeine Meinung festgelegt hat, kann für § 617 nur gute Früchte tragen.

Unter „Erkrankung" ist dementsprechend wie im K.V.G. ein anormaler körperlicher oder geistiger Zustand zu verstehen, welcher in der Notwendigkeit einer erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden wahrnehmbar zu Tage tritt.[120])

---

[118]) Ebenso für die Seemannsordnung A. Olshausen a. a. O. S. 455.

[119]) Vgl. auch hierzu wieder A. Olshausen a. a. O. S. 454, der freilich für die Seemannsordnung diesbezüglich zu einem anderen Ergebnisse kommt.

[120]) In ähnlicher Weise Rosin Bd. 1 S. 294; Hahn a. a. O. S. 45;

Dieser Begriff ist des Näheren dahin aufzulösen:

a) Erkrankung ist ein gegenwärtig bestehender Zustand. Sie tritt damit in Gegensatz zur Erkrankung im wörtlichen Sinne, die ein Ereignis ist.

b) Erkrankung ist ein anormaler Zustand. Keine Erkrankung ist daher ein, wenn auch das körperliche Wohlbefinden störender und von nachteiligen Folgen für die Wirtschaft begleiteter Zustand, welcher durch die natürlichen Gesetze, denen der Mensch unterliegt, bedingt ist. Solche physiologischen Erscheinungen sind Altersschwäche, Schwangerschaft, Entbindung, Wochenbett, welche allerdings die Ursache wirklicher Krankheiten bei Abweichungen von dem normalen Laufe jener Prozesse bilden können.[121])

c) Erkrankung ist ein anormaler Zustand schlechthin, ganz gleich, ob derselbe in einem veränderten Sein oder Geschehen sich darstellt. Damit ist eine Einschränkung des Begriffes der Erkrankung abgelehnt, welche vielfach auf medizinischem Gebiete verfochten wird. Nach dieser Ansicht ist Krankheit identisch mit Krankheitsprozeß, sind abgelaufene Prozesse, fertige anatomische Veränderungen, Mißbildungen, Verstümmelungen u. s. w. keine Krankheiten. Für die Jurisprudenz kann eine derartige auf dem Gebiete der Medizin sich rechtfertigende Anschauung keine Bedeutung beanspruchen. Im Sinne des Gesetzgebers müssen offenbar Abnormitäten der Körperbeschaffenheit dieselbe Behandlung wie Krankheitsprozesse erfahren. In diesem Sinne sind z. B. chronische Kurzsichtigkeit, ein durch Zungenlösung zu beseitigender angeborener Fehler des Zungenbändchens, Schielen, vorhandene Bruchschäden und dergl. als Erkrankungen zu betrachten.

d) Erkrankung liegt nur dann vor, wenn die Notwendigkeit einer erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden wahrnehmbar zu Tage tritt.[122])

Reidel, Krankenversicherungsgesetz, 2. Aufl., S. 110; Gerhard a. a. O. S. 123. Eine ausführliche Angabe der fast durchweg übereinstimmenden Rechtsprechung findet man bei Petersen a. a. O. S. 77 Anm. 4 und im Ergänzungshefte (1903) S. 11.

[121]) Vgl. dazu Ziegler, Lehrbuch der allgemeinen Pathologie und pathologischen Anatomie Bd. 1 S. 4: „Der Zustand des Organismus, welchen wir als Krankheit bezeichnen, ist in erster Linie dadurch gekennzeichnet, daß ein Teil der Funktionen des Organismus sich nicht mehr in einer Weise vollzieht, welche wir, weil allen Menschen zukommend, als normal betrachten."

E. Von den aus der obigen Begriffsbestimmung der „Erkrankung" sich herleitenden Folgen seien die hauptsächlichsten genannt:

a) Es ist unerheblich, ob die Erkrankung schon zur Zeit der Eingehung des Dienstverhältnisses, bezw. vor der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft bestand.[123])

Der Einwand zu großer Härte für den Dienstberechtigten, den man dagegen erheben könnte, ist nicht berechtigt. Denn zu Grunde gelegt wird immer ein gültiger Dienstvertrag, kein anfechtbarer, wie schon eingangs erwähnt ist. Wenn aber der Dienstverpflichtete bereits bei Abschluß des Dienstvertrages krank war und selbst davon nichts wußte, so steht ja dem Dienstberechtigten nach allgemeinen Grundsätzen ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums und damit die Möglichkeit einer Lösung des Vertrages, also einer Entledigung aller mit diesem verknüpften Verbindlichkeiten zu. Der Dienstberechtigte kann den Vertrag „anfechten", d. h. bewirken, daß dieser „als von Anfang an nichtig anzusehen" ist (§ 142 B.G.B.), wenn er sich bei Eingehung des Dienstvertrages in einem Irrtum „über solche Eigenschaften der Person, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden" (§ 119 Abs. 2 B.G.B.), befunden hat und anzunehmen ist, daß er den Vertrag „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles" (§ 119 Abs. 1 B.G.B.) nicht eingegangen sein würde. Und falls der Dienstverpflichtete bei Eingehung des Dienstvertrages krank war, seinen Zustand gekannt und ihn dennoch arglistig verschwiegen hat,[124]) so kann der Dienstberechtigte auf Grund des § 123 B.G.B. den Dienstvertrag anfechten, wobei er hier dies nicht „unverzüglich", wie im Falle des Irrtums (§ 121 B.G.B.), sondern während eines Jahres a tempore scientiae zu tun hat (§ 124 B.G.B.).[125])

---

[122]) Vgl. zu dem Gesagten die eingehenden und zutreffenden Ausführungen bei Rosin Bd. 1 S. 294 ff.

[123]) A. A. Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 617; Planck Anm. 4d zu § 617; Oertmann S. 338 Anm. 3; Goldmann-Lilienthal S. 622 Anm. 20; Lindenberg a. a. O. S. 90 Anm. 4; Cosack-Bd. 1 S. 526; Staub Bd. 1 S. 262 Anm. 9; Staudinger a. a. O. Bd. 2 S. 422 Anm. IV, 1; Crome, System Bd. 2 S. 650 Anm. 30. Richtig Nußbaum a. a. O. S. 45.

[124]) Die nach § 123 B.G.B. erforderliche „arglistige Täuschung" kann in arglistigem Verschweigen bestehen, siehe Gareis, Kommentar zum allgemeinen Teil S. 149 Anm. 2; Kuhlenbeck, Kommentar Bd. 1, 2. Aufl., Anm. 2 zu § 123.

[125]) Planck Anm. 4d zu § 617 bemerkt noch richtig, daß regelmäßig

b) Es ist unerheblich, ob eine allgemeine Disposition des Dienstverpflichteten zu Erkrankungen dieser Art bestand, oder der Keim der betreffenden Erkrankung bei ihm schon vor dem Abschlusse des Dienstvertrages oder vor der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft vorhanden war.[126])

c) Es ist unerheblich, ob die Erkrankung durch den Dienst — z. B. der Dienstverpflichtete fällt beim Fensterputzen von der Trittleiter und verletzt sich — oder bei Gelegenheit desselben — z. B. der Dienstverpflichtete wird beim Einkaufen überfahren — oder sonst irgendwie entstanden ist. Der Anspruch ist ja, wie bereits oben betont wurde, nicht davon abhängig, daß die Erkrankung mit den Diensten im Zusammenhange steht.[127])

d) Als Beginn der Erkrankung ist der Zeitpunkt zu bezeichnen, in welchem zuerst die Notwendigkeit einer erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung oder einer von beiden wahrnehmbar zu Tage getreten ist, ganz gleich, ob etwa eine Krankheit im medizinischen Sinne schon früher bestand.

Wann dies der Fall ist, bestimmt sich regelmäßig nach objektiven, von Sachverständigen festzustellenden Merkmalen, nicht nach der Ansicht oder der Handlungsweise des Dienstverpflichteten. Das Gesetz macht die Unterstützungspflicht des Dienstberechtigten lediglich von der Tatsache des Bestehens einer Erkrankung im obigen Sinne abhängig, erklärt es also für nicht notwendig, daß ein subjektives Fürsorgebedürfnis des Erkrankten selbst durch Inanspruchnahme ärztlicher Hülfe usw. oder durch eine diesbezügliche Anzeige hervorgetreten ist.

„falls der Dienstpflichtige die Sachlage verheimlicht hat, ein Kündigungsrecht nach §§ 626—628 begründet" ist, und daß der Dienstverpflichtete möglicherweise, „wenn er den Dienstberechtigten betrügerischer Weise zur Eingehung des Dienstverhältnisses bestimmt hat, auch nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.) haftbar" sein wird.

[126]) So richtig Oertmann S. 338 Anm. 3; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 3 zu § 617; Goldmann-Lilienthal S. 622 Anm. 20; Cosack, Bd. 1 S. 526; Staub S. 262 Anm. 9; Staudinger S. 422 Anm. IV, 1. A. A. Lindenberg a. a. O. S. 91 Anm. 4, der hier die Ärzte entscheiden lassen will. Für das Schweizer Obligationenrecht nimmt Schneider-Fick a. a. O. S. 532 in Anm. 14 unter Anziehung zweier Genfer Entscheidungen an, daß Art. 341 nicht bei einer chronischen, auf konstitutioneller Anlage beruhenden Krankheit Platz greift.

[127]) Oertmann S. 338 Anm. 3; Cosack Bd. 1 S. 526; Goldmann-Lilienthal S. 623.

e) Als Ende der Erkrankung ist in entsprechender Weise der Zeitpunkt zu bezeichnen, in dem eine erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung oder eins von beiden nicht mehr notwendig sind, ganz gleich, ob eine Krankheit im medizinischen Sinne noch fortbesteht. Bei Rekonvaleszenz und Siechtum ist daher, selbst wenn eine ärztliche Behandlung nicht mehr notwendig ist, die Erkrankung als nicht beendet anzusehen, falls noch eine erforderliche Verpflegung von nöten. Liegt auch diese nicht mehr vor, dann ist die Krankheit beendet, selbst wenn der normale vor der Erkrankung bestandene körperliche oder geistige Zustand nicht wieder hergestellt oder Erwerbsunfähigkeit eingetreten ist.

f) Als neue Erkrankung ist endlich folgerichtig jeder neue Fall, der die betreffende Unterstützung erfordert, zu bezeichnen, ganz gleich ob sie auf Grund alter, nicht gehobener Krankheitsursachen entstanden ist. Es genügt, daß die Fälle sich als mehrere Erkrankungen im Rechtssinne darstellen, d. h. daß zwischen ihnen eine Zeit liegt, in der weder ärztliche Behandlung noch eine erforderliche Verpflegung notwendig war. Ob ein medizinischer Kausalzusammenhang mit einer früheren Entwertung besteht, bleibt gleich. Demgemäß ist bei gewissen chronischen, einige Zeit gelegentlich verschwindenden, dann aber von neuem hervortretenden Erkrankungen, z. B. bei Lungen- und Rheumatismusleiden sowie bei Verletzungen, die sich von Zeit zu Zeit erfahrungsgemäß entzünden, immer wieder ein neuer Fürsorgeanspruch auf sechs Wochen gegeben. Kränkliche Personen bilden hiernach eine sehr schwere Belastung des Dienstberechtigten; dieser kann sich nur durch vorherige sorgfältige Untersuchung oder Befragung des Dienstverpflichteten bei Eingehung des Dienstvertrages in der Weise der Fürsorgeverpflichtung entziehen, daß er in einem solchen Falle den Dienstvertrag nicht eingeht.

Verfehlt wäre hingegen weiter zu schließen, daß der Eintritt einer neuen Krankheitsursache eine neue Erkrankung begründet. Die Krankheitsursache bleibt stets belanglos. Denn die Fürsorge des Dienstverpflichteten „im Falle der Erkrankung" hat, wie immer wieder betont werden muß, nach der Tendenz des § 617 den Zweck, im gewissen Maße, insbesondere in gewissen zeitlichen Grenzen, Abhülfe gegen die wirtschaftlichen Folgen des Krankseins für den Dienstverpflichteten zu schaffen. Dieser Zustand, nicht die Ursache des Zustandes, bildet den Grund zur Fürsorge des Dienstberechtigten. Nur

daß der Dienstverpflichtete infolge von Krankheit unterstützungsbedürftig, nicht aber, daß seine Erkrankung Influenza oder Beinbruch ist, kommt in Betracht. Daher ist es belanglos, ob Influenza und Beinbruch von vornherein zusammenfallen, oder ob während des Bezuges der betreffenden Unterstützung wegen Influenza der Dienstverpflichtete sich noch ein Bein bricht. Eine während des Krankseins vor dem Fortfalle der Notwendigkeit einer erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung hinzutretende, sei es auch noch so verschieden geartete Krankheitsursache kann nicht als neue Erkrankung angesehen werden und vermag nur Grund für die Verlängerung der schon bestehenden Erkrankung, nicht aber eine Verlängerung des Unterstützungsanspruches über die gesetzlichen sechs Wochen hinaus zu bewirken oder neue sechs Wochen in Lauf zu setzen.[128])

F. Zum Schlusse über die Voraussetzung „Erkrankung" sei noch bemerkt, daß es dem Dienstberechtigten in allen Fällen, wo die Erkrankung erheblich ist, unbenommen bleibt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist infolge eines „wichtigen Grundes" nach § 626 B.G.B. zu kündigen. Doch wird durch die so herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses die Pflicht des Dienstberechtigten nicht beseitigt (§ 617 Satz 4).

IV.

Inhalt der Verpflichtung.

Den Inhalt der Verpflichtung des Dienstberechtigten, auf deren Erfüllung der Anspruch des Dienstverpflichteten bei Vorhandensein der soeben erläuterten Voraussetzungen geht, bilden „die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen", welche „durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden", und deren Kosten „auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden" können.

Erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung.

A. Zunächst ist über den Begriff der Erforderlichkeit zu handeln.

a) Der Ausdruck „erforderlich" bezieht sich sowohl auf die Ver-

---

[128]) Hahn in Arbeiterversorgung Bd. 13 S. 1ff.; Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 9. Juni 1902 in Arbeiterversorgung Bd. 20 S. 131.

pflegung wie auf die ärztliche Behandlung und bestimmt nicht nur das „Ob", sondern auch das „Inwieweit" der Fürsorgepflicht.

b) „Erforderlich" sind im Sinne des § 617 diejenige Verpflegung und ärztliche Behandlung, welche nach der objektiven Art des zu behandelnden Zustandes zur Erreichung der Zwecke, denen eine Verpflegung und ärztliche Behandlung überhaupt zu dienen haben, im einzelnen Falle angemessen sind. Das wird immer nach billigem Ermessen (§ 242 B.G.B.) unter Würdigung aller Verhältnisse zu beurteilen sein.

Jedenfalls genügt es, wenn die betreffende Fürsorge „wünschenswert" oder „rätlich" erscheint, um einen erzwingbaren Anspruch darauf zu gründen. Denn eine Heilbehandlung, die behufs Herbeiführung oder Beschleunigung der Gesundheit „wünschenswert" oder „rätlich" ist, muß dem Sinne des § 617 nach, der ja die alsbaldige Genesung des erkrankten Dienstverflichteten zu fördern trachtet, als „erforderlich" angesehen werden.[129])

Daraus ergibt sich endlich, daß die „gewöhnliche" Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht als genügend zu erachten sind.

Bei vorliegender Notwendigkeit bildet zu große Kostspieligkeit keinen Grund zur Ablehnung. Natürlich braucht von mehreren nach dem Stande der Wissenschaft anwendbaren Arzeneien nicht gerade die wirksamste und teuerste gewählt zu werden. Kann dem Heilzwecke in billiger Weise genügt werden, so ist der Dienstberechtigte zum Mehraufwande nicht verbunden.[130])

c) In Betracht kommt bei Beurteilung der Erforderlichkeit zunächst der objektive Körperzustand, dem die Behandlung gilt, in Verbindung mit den Zwecken, welche mit dieser erreicht werden sollen. Danach können vor allem eine Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht aus dem Grunde als „erforderlich" erscheinen, weil nach dem objektiven Tatbestande die Ziele, welche mit ihnen erreichbar sind, sich auch ohne sie durch die Wirksamkeit und Heilkraft der Natur verwirklichen, oder weil

---

[129]) Vgl. dazu für das K.V.G. das Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 10. April 1902 im Archiv für Gewerbliche Rechtspflege III. Jahrg. S. 342; a. A. Hahn S. 55.

[130]) Rosin Bd. 1 S. 381. Hiernach beantworten sich auch die in der Praxis hervortretenden Fragen nach der Zuziehung eines Spezialarztes und der Gewährung einer mit besonderen Kosten verbundenen operativen Behandlung.

andererseits jene Ziele auch trotz aller behandelnden Maßnahmen nach objektiver Beurteilung nicht erreicht werden können.[131])

d) In Betracht kommen ferner die subjektiven Verhältnisse desjenigen Menschen, für welchen die Fürsorge bestimmt ist.

So namentlich seine sonstige physische Beschaffenheit. Bei einem schwachen oder kränklichen Menschen kann eine vorsorgliche Zuziehung des Arztes geboten sein. Die Behandlung eines durch einen Unfall Verletzten wird anderen Anforderungen zu genügen haben, wenn es sich um einen gesunden oder um einen schon mit Krankheit behafteten Menschen handelt.

Ferner die professionelle Lebensstellung. Mit Rücksicht auf den Beruf kann dieselbe Krankheit für den einen störend sein und deshalb eine Behandlung verlangen, für den anderen nicht.[132])

Keineswegs darf jedoch die soziale Stellung des Dienstverpflichteten berücksichtigt werden. Es verbietet sich aus der Tendenz des § 617, in objektiv gleichen Fällen den einen Dienstverpflichteten nur wegen seiner höheren gesellschaftlichen Stellung mehr zu schonen, besser zu verpflegen, durch einen tüchtigeren Arzt behandeln zu lassen als einen anderen, — außer natürlich, wenn dies wegen einer hier häufig anzutreffenden schwächeren oder empfindlicheren Körperbeschaffenheit geboten ist. Grundsätzlich sind vor dem § 617 alle Dienstverpflichteten gleich, und läßt sich nicht etwa, wie es Rosin für das Reichsversicherungsrecht getan hat,[133]) einwenden, es sei nicht Aufgabe der sozialpolitischen Gesetzgebung, „die durch die wirtschaftliche Gliederung der Gesellschaft bedingten Standesunterschiede auf kommunistischem Boden zu beseitigen". Es findet sich keinerlei Anhalt in § 617, eine Behandlung mit sozialen Unterschieden anzunehmen.[134])

e) Nicht in Betracht kommen die subjektiven Verhältnisse der Dienstberechtigten. Der Ansicht Dernburgs,[135]) die Vorschrift mache

---

[131]) Dazu Rosin a. a. O. S. 322 u. S. 381.

[132]) Rosin Bd. 1 S. 323. Arbeiterversorgung Bd. 6 S. 554: Perücke als Heilmittel für Haarschwund bei einer Servierkellnerin in einem Hotel.

[133]) Rosin a. a. O. S. 323.

[134]) Vgl. dazu Hahn a. a. O. S. 55 und in Arbeiterversorgung Bd. 14 S. 329ff.

[135]) Lehrbuch Bd. 2 Abt. 2 S. 394. Die Ansicht bezieht sich allerdings zunächst nur auf das Wort „erforderlich" in § 618. Es darf aber wohl be-

„dem guten Herzen des Gesetzgebers Ehre", sei aber „cum grano salis zu nehmen", ist nicht zu folgen. Es erscheint als eine Verkennung der hohen sozialpolitischen Aufgabe des § 617, wenn man wie Dernburg annimmt: „Ist z. B. die Familie des Dienstherrn selbst durch schwere Krankheit getroffen, so müssen unter Umständen die Rücksichten auf die Gesundheit des Dienstpflichtigen zurücktreten. Wenn der Dienstherr selbst aus Not, wie der Dienstpflichtige beim Dienstvertrage wußte, sich kümmerlich und unhygienisch behelfen muß, können seine Dienstleute nicht mehr verlangen".

f) Gleichgültig ist, ob der erkrankte Dienstverpflichtete ein langjähriger Angestellter des Dienstberechtigten ist, und ob die Verpflegungs- und Behandlungskosten in irgend welchem Verhältnisse zu dem Werte der dem Dienstverpflichteten obliegenden Arbeit und zu dessen Lohnansprüchen stehen.[136])

B. Was hat man unter dem Doppelbegriff „Verpflegung und ärztliche Behandlung" zu verstehen?

a) Festzustellen ist zunächst, daß in der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung alles inbegriffen ist, was nach § 6 Abs. 1 Ziff. 1 K.V.G. zu leisten ist, obwohl hier der Ausdruck „freie ärztliche Behandlung, Arznei, sowie Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel" gebraucht ist.[137]) Es sind deshalb hier diesbezüglich die Ergebnisse des Krankenversicherungsrechts weitgehend zu verwerten.

---

hauptet werden, daß Dernburg auch für den Begriff „erforderlich" in § 617 — schon darum, weil er zuerst § 618 und dann § 617 behandelt, — nicht anderer Meinung ist.

[136]) Cosack Bd. 1 S. 526.

[137]) Derselben Ansicht sind Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 27. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 324; v. Brauchitsch a. a. O. S. 44 Anm. 2 zu § 44 K.V.G.; Hoffmann im Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 23 S. 219 und Hilse im Recht Bd. 6 S. 204; a. A. Laß a. a. O. S. 18 unter Nr. 5c und Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79 unter Nr. 2, wo zur „Verpflegung" auch Gewährung von Unterkunft, Beköstigung, Wartung usw. gerechnet, diese also im Sinne von § 7 K.V.G. angesehen wird. Nun redet aber § 617 B.G.B. überhaupt gar nicht von Verpflegung, sondern von „erforderlicher Verpflegung". Auch folgt die Unrichtigkeit dieser Ansicht aus § 617 Abs. 2, nach dem der Dienstberechtigte von seiner Fürsorgepflicht befreit ist, wenn durch Krankenversicherung für den Dienstverpflichteten Vorsorge getroffen ist. Denn freie Kur und Verpflegung in einem Krankenhause „kann" nach § 7 K.V.G. gewährt werden, braucht es aber nicht.

b) Was den Ausdruck „erforderliche Verpflegung" anbetrifft, so ist darunter im allgemeinen im Gegensatze zur persönlichen Tätigkeit des Arztes jedes zur Heilung oder Linderung des Krankheitszustandes oder zur Sicherung des Heilerfolges dienende sächliche Mittel zu verstehen.[138])

Da § 617 selbst keine Anhaltspunkte zu einer weiteren Auslegung der „erforderlichen Verpflegung" gibt, so werden stets in concreto die tatsächlichen Verhältnisse für die Entscheidung ins Gewicht fallen. Immerhin aber lassen sich folgende maßgebende Punkte herausheben, die gegebenenfalls eine minder schwierige Beurteilung der Tatfragen ermöglichen können.

1. Es scheiden regelmäßig alle Mittel aus, welche nicht zur Bekämpfung der Erkrankung, sondern nur zur Erhaltung der Gesundheit notwendig sind. Wein, Spirituosen, stärkende Speisen, jede etwa notwendige besondere Nahrung, Mineralwasser, Bäder, Brillen, Krücken, Bruchbänder u. dgl. können solche nicht zu leistenden Präventivmittel sein, ebensogut aber auch — das wird sogar häufiger der Fall sein — zur „erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung" gehören.[139]) Es kommt dabei ganz auf die Lage des einzelnen Falles an.

2. Es scheiden regelmäßig alle Mittel aus, welche nicht zu heilen, sondern zu ersetzen bestimmt sind, wie z. B. künstliche Glieder und künst-

---

Einen Anspruch hat der Versicherte allein auf die Leistungen aus § 6 K.V.G. Nur die Mehrkosten, die der Dienstverpflichtete infolge der Erkrankung hat, sollen, wie sich klar aus dem gewählten Wortlaute des § 617 ergibt, ersetzt werden. Kost und Wohnung als solche verlangt aber auch ein gesunder Zustand und hat unter Umständen der Dienstverpflichtete selbst zu bezahlen, da durch sie die häusliche Gemeinschaft ja nicht bedingt wird. Gehören Kost und Verpflegung jedoch zur Vergütung, so sind sie nach §§ 611, 616 B.G.B., nicht aber nach § 617 vom Dienstberechtigten zu gewähren. Eine Bekräftigung findet unsere Ansicht übrigens in der neuen Seemannsordnung vom 2. Juni 1902, in welcher der Anspruch auf Beköstigung, wie er sich aus § 54 ergibt, völlig unabhängig ist von dem Fürsorgeanspruch auf „Verpflegung und Heilbehandlung" aus § 59.

[138]) Vgl. dazu Hahn S. 56; Rosin S. 378; Sauerbeck in Arbeiterversorgung Bd. 12 S. 477ff.; Oertmann S. 338 Anm. 3; Gerhard a. a. O. S. 123 Anm. 3.

[139]) A. A. ist Nußbaum a. a. O. S. 46, der die Anschaffung von Brillen, Krücken, Bruchbändern und anderen derartigen Gegenständen zu den nie vom Dienstberechtigten zu leistenden Gegenständen rechnet.

liche Gebisse, falls sie nicht zur Sicherung des Heilverfahrens notwendig sind.[140])

3. Auch zum dauernden Gebrauche bestimmte Mittel wie Brillen, Bruchbänder u. dgl. sind nur für die gesetzliche Zeit von höchstens sechs Wochen zu leisten. Nach dieser Frist kann an sich weder ein weiteres Mittel dieser Art noch eine Reparatur an dem gewährten beansprucht werden. Ändert sich ein Zustand so, daß z. B. eine andere Nummer der Brille oder eine andere Art Bruchband nötig wird, so kann dies als neue Erkrankung gelten.[141])

c) Für die Erläuterung des Begriffes der „ärztlichen Behandlung" ist eine Beschränkung auf folgende kurze Bemerkungen möglich.

1. Ärztliche Behandlung ist die auf Heilung oder Linderung des Krankheitszustandes gerichtete Tätigkeit des Arztes.[142]) Sie kann entweder eine verordnende oder zugleich eine ausführende sein, und sowohl in positiven wie in negativen Anordnungen bestehen.[143])

2. Was man als „ärztliche Behandlung" im einzelnen Falle näher zu bezeichnen hat, ist Sache freier Interpretation. Doch muß stets die zum Ausdrucke gelangte Absicht des Gesetzgebers maßgebend sein, daß ein Arzt dazu erforderlich ist. Arzt kann aber im Sinne des Gesetzes nur der sein, der sich so nennen darf, d. h. nur ein nach §§ 29, 147 Gew.O. approbierter Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt).

3. Über die Tätigkeit anderer, bei der Behandlung unter Umständen beteiligter Personen, welche als solche nicht zu den Ärzten gehören, z. B. der Heilgehülfen, Kranken- oder Irrenwärter, Masseure, Zahntechniker, Hebammen, ist keinerlei Bestimmung in § 617 getroffen. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, daß jede auf Heilung gerichtete Hülfeleistung stets nur durch einen approbierten Arzt erfolgen müsse. In die ärztliche Behandlung einzurechnen und danach bei vorliegender Erforderlichkeit stets zu gewähren wird die Tätigkeit des gedachten Heilpersonals zunächst fraglos dann sein, wenn dasselbe entweder

---

[140]) So Hahn S. 56 und die dort angezogene Rechtsprechung; a. A. Rosin Bd. 1 S. 378.

[141]) Hahn S. 56.

[142]) Hahn S. 53; Rosin S. 374.

[143]) Siehe Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofes 2. Teil S. 215.

auf Geheiß des Arztes gewisse Heiloperationen vornimmt, der Arzt also durch die Vermittlung jener Personen handelt, oder wenn es an Stelle des Arztes bei Gefahr im Verzuge und bei wesentlicher Erschwerung seiner Zuziehung Funktionen verrichtet, die in der herkömmlichen Tätigkeitssphäre des Arztes liegen und andernfalls von ihm selbst hätten vorgenommen werden müssen.

Ob die Voraussetzungen zur Zulassung einer derartigen Ersatzleistung vorliegen, ist selbstverständlich stets im einzelnen Falle unter billiger Berücksichtigung der obwaltenden Umstände zu prüfen.

Aber auch Tätigkeiten, welche, außerhalb der gewöhnlichen ärztlichen Berufssphäre liegend, ihr Wesen darin finden, sächliche Mittel der Heilung, Kräfte oder Stoffe, zu erzeugen bezw. auf den menschlichen Körper anzuwenden, z. B. Massieren, Einreiben, Elektrisieren, wird man zur „ärztlichen Behandlung" zu rechnen haben.[144])

4. Die Behandlung seitens sogen. Naturärzte ist dagegen nie eine ärztliche Behandlung. Es kann nicht zugestanden werden, daß der Dienstverpflichtete, welcher dem approbierten Arzte kein Vertrauen entgegenbringt, sich auf Kosten des Dienstberechtigten an einen Nichtarzt wendet, und ebensowenig, daß der Dienstberechtigte nur einen Nichtarzt für den Dienstverpflichteten konsultiert.[145])

5. Schließlich darf noch eins nicht vergessen werden, daß, anders als im K.V.G., wo nach §§ 6a, 26a, 56a grundsätzlich dem Versicherten die Wahl des Arztes, der Apotheke, des Krankenhauses usw. mit der Beschränkung, daß er bei Ausübung dieses Wahlrechts sich innerhalb des Notwendigen halten muß, zusteht, in § 617 regelmäßig der Dienstberechtigte dieses Wahlrecht für sich beanspruchen darf.

Zeitlicher Umfang.

a) Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung sind — im Gegensatze zu einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage, der von einer „die Dauer von zwei Wochen nicht übersteigenden Zeit"

---

[144]) Diese Ansicht bricht sich neuerdings auch für das K.V.G., wo sie von praktischer Bedeutung ist, Bahn, vgl. Petersen, Ergänzungsheft [1903] S. 15. A. A. noch Rosin S. 376, 377 und Hahn S. 53, 54, 66.

[145]) So richtig Lindenberg a. a. O. S. 91; Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 1. Bd. Anm. 2 zu § 617; v. Brauchitsch a. a. O. S. 46 Anm. 3 zu § 6 K.V.G.

sprach[146]) — nach § 617 „bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus" zu gewähren. Eine in der Reichstagskommission und dann später auch in der Reichstagsplenarsitzung vom 22. Juni 1896 vorgeschlagene Erweiterung auf dreizehn Wochen nach Analogie der Krankenversicherung war nicht durchgegangen.[147])

b) Fraglich ist, von wann an die sechs Wochen zu berechnen sind. Es darf als zweifellos hingestellt werden, daß, falls Beginn der Erkrankung und der Unterstützung zusammenfallen, die sechs Wochen mit dem Beginn der Erkrankung ihren Anfang nehmen. Zweifelhaft dagegen ist, ob auch sonst. Das ist entschieden zu verneinen. Es verbietet sich von selbst, die Zeitdauer, für welche der Anspruch des Dienstverpflichteten besteht, von dem Tage des Beginnes der Erkrankung zu rechnen. Wollte man dies annehmen, so käme man, falls der erkrankte Dienstverpflichtete ohne Gewährung oder Inanspruchnahme der erforderlichen Fürsorge seine Diensttätigkeit sechs Wochen lang nach dem Eintritte der Krankheit fortgesetzt hat, zu dem offenbar nicht beabsichtigten Ergebnisse, daß dieser nun seinen Anspruch verwirkt hätte, auch wenn die Erkrankung noch sechs weitere Wochen fortdauert. Das wäre eine große Härte, zu welcher der Wortlaut des § 617 in keiner Weise nötigt. Zuzugeben ist nur, daß die Verpflichtung des Dienstberechtigten unabhängig ist von einem Anspruche des Dienstverpflichteten, d. h. daß sie Platz zu greifen hat, selbst wenn ihre Erfüllung vom Dienstverpflichteten nicht verlangt worden ist. Daraus kann aber keineswegs folgen, daß der Dienstverpflichtete nie die Befugnis zu der Bestimmung des Tages haben soll, von welchem ab nach dem Beginn seiner Erkrankung die sechs Wochen zu berechnen sind. Eine derartige Befugnis des Dienstverpflichteten läßt sich unbeschadet der Rechte des Dienstberechtigten zur Bestimmung des Eintrittes eines früheren Zeitpunktes und unbeschadet der Folgen, die eine Nichtbeachtung solcher Anordnung des Dienstverpflichteten für diesen nach sich zieht, grundsätzlich nicht beanstanden.

Die sechs Wochen laufen also nicht vom Beginn der Erkrankung, sondern von demjenigen Tage ab, von welchem die erste Unterstützung

[146]) Protokolle S. 284.

[147]) Reichstagskommissionsbericht S. 84, Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 351.

wegen der Erkrankung stattgefunden hat. Dieser Tag bestimmt sich entweder dadurch, daß der Dienstberechtigte seiner Pflicht aus eigener Initiative nachkommt oder der Dienstverpflichtete den Anspruch, sei es sofort nach Kenntnis der Erkrankung, sei es erst später erhebt.[148])

c) Die Verpflichtung erstreckt sich auf die Dauer von sechs Wochen nur dann, wenn auch das Dienstverhältnis mindestens so lange dauert. Ist also einem Dienstverpflichteten mit Frist gekündigt, so hat er auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bei einer Erkrankung im Laufe dieser Kündigungsfrist nur bis zum Ablauf derselben einen Anspruch. Erkrankt jedoch der Dienstverpflichtete vor der Kündigung, und bildet die Erkrankung nach § 626 B.G.B. einen wichtigen Grund zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, so kann sich der Dienstberechtigte durch Ausübung dieses Kündigungsrechts seiner sechswöchentlichen Fürsorgeverpflegung nicht entziehen. Das gilt aber nicht, falls der Dienstberechtigte die Erkrankung des Dienstverpflichteten zum Motive nimmt, um unter Einhaltung einer bedungenen oder gesetzmäßigen Kündigungsfrist von weniger als sechs Wochen zu kündigen.[149])

d) Selbstverständlich ist, daß bei vorliegendem Verschulden des Dienstberechtigten dem Dienstverpflichteten länger dauernde Fürsorge unter Umständen gewährt werden muß.

e) Im übrigen richtet sich die Fristbestimmung der sechs Wochen nach den allgemeinen Vorschriften über die Fristen in §§ 186 ff. B.G.B. Vor allem ist also der erste Tag, für welchen die Unterstützung gewährt wird, nicht in die sechs Wochen einzurechnen (§ 187 Abs. 1 B.G.B.).

Krankenanstalt.

a) Die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung können „durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden" (§ 617 Satz 2). Diese Bestimmung schließt sich an § 7 K.V.G. und § 90 der Preuß. Ges.O. an. Auch § 59 Abs. 3 der neuen Seemannsordnung enthält eine ähnliche Vorschrift. Das Prinzip ist überall dasselbe: Der zur Fürsorge Verpflichtete soll die Wahl haben, wie er seine Pflicht erfüllen will. § 7 K.V.G. weicht nur insofern ab, als

[148]) So auch für die dreizehn Wochen im K.V.G. Hahn S. 59; v. Brauchitsch a. a. O. S. 47, Anm. 7 zu § 6 K.V.G.

[149]) So Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., S. 699.

er im allgemeinen bloß für solche Personen gilt, die weder verheiratet sind noch eine eigene Haushaltung haben oder Mitglieder der Haushaltung ihrer Familien sind, und für andere Personen allein mit deren Zustimmung zur Anwendung gebracht werden kann, während die in Rede stehende Befugnis sowohl in § 617 B.G.B. wie in § 90 Ges.O. und § 59 Abs. 3 der Seemannsordnung ohne jede Einschränkung dem Dienstberechtigten gegeben wird.

b) Durch die Vorschrift des § 617 Satz 2 ist nicht, wie man auf den ersten Blick meinen könnte, eine Alternativobligation begründet. Die Unterbringung in die Krankenanstalt ist nicht in obligatione, sondern nur in solutione. Es besteht eine obligatio cum facultate alternativa, eine Alternativermächtigung.[150])

Dieser Unterschied ist übrigens fast nur von theoretischer Bedeutung. Auch bei Annahme einer Alternativobligation würde die Weigerung des Dienstverpflichteten, sich in eine Krankenanstalt unterbringen zu lassen, ebenso die ganze Verpflichtung vernichten wie bei Annahme eines Schuldverhältnisses mit Abwendungsrecht, da nach § 262 B.G.B. der Dienstberechtigte die Wahl hat und nach § 265 B.G.B. seine Pflicht „infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat", deshalb also eine Beschränkung auf anderweitige erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht eintritt. Ferner bestünde auch bei Annahme einer Alternativobligation keine Verpflichtung des Dienstberechtigten, die Unterbringung des Dienstverpflichteten in ein Krankenhaus anzuordnen oder zu bewilligen.

c) Für den Ausdruck „Krankenanstalt", der im Gesetze selbst nicht näher erläutert wird, hier also einer Erklärung bedarf, läßt sich anstandslos das übernehmen, was Theorie und Praxis für den gleichen Begriff in § 30 Gew.O. festgelegt haben. Danach ist eine Krankenanstalt eine auf gewisse Dauer berechnete Einrichtung, bei welcher Kranke in bestimmten, dazu hergerichteten Räumen Behandlung ihrer Leiden und Verpflegung[151]) in der Weise finden, daß ihr Aufenthalt in jenen Räumen eine gewisse Dauer erreicht.[152])

---

[150]) So richtig Oertmann S. 339 Anm. 3; Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch S. 208.

[151]) Aus § 617 ergibt sich notwendig, daß ohne Verpflegung eine Krankenanstalt nicht möglich ist. Das dürfte für die über den Begriff „Krankenanstalt"

Der Name tut nichts zur Sache. Auch eine „Klinik", ein „Pensionat", ein „Asyl", ein „Genesungsheim" u. dgl. können Krankenanstalt sein. Ebenso ist die Methode des Heilverfahrens unerheblich. Endlich ist es gleich, ob die Krankenanstalt eine öffentliche oder eine private ist.

d) Die Unterbringung des Dienstverpflichteten in eine Krankenanstalt ist eine besondere Form der Behandlung. Sie geht über den eigentlichen Rahmen der „erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung" hinaus. Sie umfaßt auch Unterkunft und Beköstigung, mögen dieselben nun mit Rücksicht auf den zu behandelnden Körperzustand spezifischer Natur sein oder nur der Befriedigung der gewöhnlichen Lebensbedürfnisse dienen. Ferner kommen die persönlichen Kräfte der Anstalt, z. B. Krankenwärter, dem untergebrachten Dienstverpflichteten zugute, auch wenn er dieselben außerhalb der Krankenanstalt nicht zu beanspruchen hätte. Die in der Krankenanstalt übliche Art der Preisberechnung kann dabei keinen Unterschied machen. Die Kosten des Transportes in die Krankenanstalt fallen gleichfalls in den Rahmen der geschuldeten Leistung.[153])

e) Die Entscheidung über die Gewährung der Unterbringung in eine Krankenanstalt steht, wie gesagt, ausschließlich dem Träger der Fürsorge zu.

Das Anerbieten ist nicht beschränkt auf den Zeitpunkt, in welchem der zu behandelnde Zustand beginnt, bezw. die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung anheben. Es kann auch noch im Laufe jenes Zustandes gestellt werden. Dagegen wird ein Wiederaufgeben der einmal vom Dienstberechtigten gewählten und begonnenen Krankenanstaltsbehandlung jedenfalls insoweit unzulässig sein, als dadurch ein nachteiliger Einfluß auf die Behandlung nach sachverständigem Ermessen ausgeübt werden würde.

---

in der Gew.O. herrschende Streitfrage, ob zu einer Krankenanstalt die Gewährung von Verpflegung gehört, in Betracht zu ziehen sein, vgl. dazu Kayser-Steininger, Gewerbeordnung, 3. Aufl., S. 65 Anm. 3.

[152]) So Rohrscheidt, Die Gewerbeordnung für das deutsche Reich S. 106; Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, 4. Aufl., S. 214, 215 Anm. 3 zu § 30 Gew.O.; Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 18. Juni 1900 im Gewerbearchiv 2. Bd. 3. Heft S. 414.

[153]) Rosin S. 387, 388.

Da die Wahl der Krankenanstaltsbehandlung in freiem Gutdünken des Dienstberechtigten steht, so kann dieser sie, wenn sie vom Dienstverpflichteten gewünscht wird, auch an Bedingungen und Gegenleistungen knüpfen. Doch darf — sonst würde § 619 B.G.B. verletzt werden — eine solche Vereinbarung niemals unter das Maß derjenigen Leistungen gehen, an deren Stelle die Krankenanstaltsbehandlung in concreto getreten ist.[154])

f) Darüber, welche Folgen eintreten, wenn der Dienstverpflichtete gegen die Unterbringung in eine Krankenanstalt Widerspruch erhebt, ist in § 617 selbst nichts bestimmt. Fraglich ist zunächst, ob jede Weigerung des Dienstverpflichteten zur Vernichtung seines Anspruchs führt. Das ist zu verneinen. Die rechtliche Wirksamkeit der Einweisung in eine Krankenanstalt setzt voraus, daß die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung daselbst zweckentsprechende sind, daß die Heilung durch sie nicht vereitelt oder gefährdet wird. Ist das nicht der Fall, d. h. ergeben sich bei objektiver Beurteilung des Sachverhaltes zwingende Gründe für jene Vereitelung oder Gefährdung des Zweckes des Heilverfahrens, so hat die Weigerung des Dienstverpflichteten keine nachteiligen Folgen für ihn. Die Weigerung muß eine unberechtigte sein, um zum Verluste des Fürsorgeanspruchs zu führen. Sonst wäre einer Umgehung des § 617 Tür und Tor geöffnet. Eine andere Frage ist die, ob der Dienstverpflichtete bei vorliegender unberechtigter Weigerung seinen Anspruch nur für die Dauer der Weigerung oder auch für den ganzen noch nicht abgelaufenen Teil der Fürsorgezeit verliert. Es wird anzunehmen sein, daß der Dienstberechtigte mit dem Augenblick, in dem der Dienstverpflichtete seine Fügsamkeit zu erkennen gibt, für die noch übrige Fürsorgezeit eintreten muß.[155]) In Betracht kommen kann hier allerdings, daß in einem solchen Falle infolge Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit bei Herbeiführung der Erkrankung der Anspruch weggefallen ist. Diesbezüglich ist auf die späteren Ausführungen zu verweisen.

Eine dritte und letzte Frage ist, ob auch für die Zeit der Weigerung die ganze Verpflichtung des Dienstberechtigten vernichtet wird. Da wir eine obligatio cum facultate alternativa angenommen haben, so ist die Frage zu bejahen. Darin besteht ja gerade das Wesen der Alternativ-

[154]) Rosin S. 388.

[155]) So auch die herrschende Meinung für das K.V.G., siehe Petersen a. a. O. S. 140, 143.

ermächtigung, daß sich der Schuldner von seiner Verpflichtung zu einer Leistung durch Angebot eines anderen Gegenstandes befreien kann.[156]) Daraus, daß dem Dienstberechtigten ein Recht zur Unterbringung des Dienstverpflichteten in eine Krankenanstalt eingeräumt ist, erhellt zur Genüge, daß die Weigerung des Dienstverpflichteten die ganze Verpflichtung des Dienstberechtigten vernichtet, mithin nicht nur die Folge hat, daß der Dienstverpflichtete bloß diejenigen Unkosten selbst tragen muß, die nicht entstanden wären, wenn er in das Krankenhaus aufgenommen sein würde.[157]) Eine derartige Ansicht würde unheilvolle Folgen nach sich ziehen. Besonders in der Großstadt. Hier ist es oft ungemein schwierig, die erkrankten Dienstverpflichteten im Hause zu behalten, und machen es die Verhältnisse erforderlich, daß der Dienstberechtigte seine Dienstverpflichteten in ein Krankenhaus einkauft. Wenn sich nun der Dienstverpflichtete unberechtigt weigert, in die Krankenanstalt zu gehen, so müßte nach dieser Auffassung ihm der Dienstberechtigte im Hause die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung angedeihen lassen und dürfte ihn nur wegen der Mehrkosten in Anspruch nehmen. Das ist fraglos nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen.[158])

Erwähnt sei noch, daß natürlich der unberechtigten Weigerung des Eintritts in ein Krankenhaus das unberechtigte Verlassen desselben gleichsteht.[159])

g) Der Dienstberechtigte haftet der Anstalt als Gegenkontrahent. Es stehen der Anstalt sonach weder gegenüber dem Dienstverpflichteten noch gegenüber einer etwaigen Versicherungsgesellschaft, bei welcher sich der Dienstberechtigte gegen Erkrankung seiner Dienstverpflichteten versichert hat — selbstverständlich außer in dem Falle eines zwischen Versicherungsgesellschaft und der Krankenanstalt abgeschlossenen Sondervertrages — irgend welche Rechte zu. Ja, der Dienstberechtigte kann

---

[156]) Dernburg Bd. 2 S. 103.

[157]) So nimmt für die ähnliche Vorschrift des Preuß. Gesinderechts (§ 90) das Urteil des Landgerichts I Berlin Zivilk. 14 vom 13. Februar 1890 S. 582/89 bei Lindenberg a. a. O. S. 99 Anm. 2 an. Richtiger Ansicht ist letzterer und Staudinger S. 423 Anm. IV, 2.

[158]) Vgl. dazu für das Gesinderecht Lindenberg a. a. O. S. 99 Anm. 2; Gerhard a. a. O. S. 128 Anm. 2; Nußbaum a. a. O. S. 46; Zürn a. a. O. S. 75.

[159]) Rosin a. a. O. Bd. 1 S. 389 Anm. 24.

als Gegenkontrahent von der Anstalt sogar über die Zeit der sechswöchentlichen Verpflichtung hinaus in Anspruch genommen werden, sofern sich nicht aus den Umständen und Erklärungen ergibt, daß er nur bis zum Tage seiner gesetzlichen Verpflichtnng hat haften wollen.[160])

Anrechnung.

a) Der Dienstberechtigte erfüllt mit Übernahme der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung nur eine gesetzliche Verpflichtung. Es ist daher folgerichtig, daß er weder vertragliche noch sonstige Ersatzansprüche hat.

Diese Regel wird durch eine Ausnahmebestimmung durchbrochen. Nach § 617 Satz 3 wird dem Dienstberechtigten die Befugnis zugestanden, die ihm, sei es durch eine selbstübernommene Fürsorge, sei es durch Einweisung in die Krankenanstalt entstandenen Kosten „auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung" anzurechnen.

b) Ehe auf die juristische Konstruktion dieser Anrechnungsbefugnis eingegangen wird, sei vorweg folgendes bemerkt:

1. Es bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 611 B.G.B.) und nach den Vorschriften des § 616 B.G.B. — bezw. des § 63 B.G.B. —, ob die vertragsmäßige Vergütung geschuldet wird.

2. Wie sich aus dem Wortlaute der in Rede stehenden Bestimmung ergibt, ist nur der „für die Zeit der Erkrankung", nicht der für die vorhergehende oder nachfolgende Zeit geschuldete Dienstlohn in Abzug zu bringen. Bezahlt beispielsweise der Dienstberechtigte einen monatlichen Lohn von dreißig Mark, und zieht sich der Dienstverpflichtete während dieses Monats auf drei Tage eine Erkrankung zu, für deren Behandlung der Arzt dreißig Mark Honorar beansprucht, so können nicht diese dreißig Mark, sondern nur drei Mark auf den Dienstlohn angerechnet werden.

3. Nochnichtauszahlung der Vergütung ist nicht Voraussetzung der Anrechnung. Hat der Dienstberechtigte im voraus gezahlt, so tritt an die Stelle des Rechts auf den Lohnabzug das Recht auf Rückforderung des Lohnes.[161])

---

[160]) So richtig Gerhard a. a. O. S. 129 Anm. 5.

[161]) Cosack Bd. 1 S. 526; Staudinger S. 423 Anm. IV, 4; a. A. Gerhard a. a. O. S. 117 Anm. 11 zu § 617 und Goldmann-Lilienthal S. 623 Anm. 24.

4. Das Recht des Lohnabzuges gilt, wie der Gesetzestext klar besagt, auch dann, wenn der Dienstverpflichtete während der Zeit der Erkrankung seine Dienste fortleistet.[162])

5. Wenn dem Dienstberechtigten keine Kosten entstanden sind, z. B. weil er sich gegen Erkrankung seiner Dienstverpflichteten versichert hat, so darf dem Dienstverpflichteten auch nichts vom Lohn abgezogen werden. Denn gezahlte Versicherungsprämien sind nicht als Kosten der betreffenden Erkrankung aufzufassen, da sie ganz unabhängig davon gezahlt werden, ob der Dienstverpflichtete auch wirklich erkrankt, und ja gerade bewirken sollen, daß die Krankheit desselben nichts kostet.[163])

6. Endlich sei noch erwähnt, daß ein nach dem Krankenversicherungsgesetze gewährtes Krankengeld unter Umständen mit angerechnet werden kann, da für die nach § 617 anrechenbare Vergütung § 616 B.G.B. eine Anrechnung des Betrages zuläßt, welcher dem Dienstverpflichteten für die Zeit der Verhinderung „aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt".[164]) Bei einer freiwilligen Mitgliedschaft aber, z. B. von Dienstboten, die regelmäßig nicht zwangsversicherungspflichtig sind, ist eine Anrechnung des Krankengeldes ausgeschlossen; auch eine diesbezügliche Vereinbarung zwischen Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten ist unwirksam, da nach § 56 K.V.G. eine Cession der Krankengeldforderung seitens des Dienstverpflichteten an den Dienstberechtigten unzulässig ist.[165])

c) Die Konstruktion der Anrechnungsbefugnis des Dienstberechtigten ist streitig.

1. Bedeutet in § 617 — ebenso in den §§ 324, 615, 618, 649 B.G.B. und in § 63 H.G.B. — „Anrechnung" nach Analogie des § 115 Gew.O. dasselbe wie „Aufrechnung"? Die Frage ist zu verneinen. Und zwar aus folgenden Gründen:

α) Die nach § 616 B.G.B. geschuldete Vergütung ist unpfändbar.

Zwar spricht § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869, der gemäß § 850 Ziff. 1 Z.P.O. für die Pfändung maßgebend ist, in seiner heute geltenden Fassung von einer „Vergütung

---

[162]) Cosack Bd. 1 S. 526; a. A. Staudinger S. 423 Anm. IV, 4, der hier „den Umfang der fortgeleisteten Dienste" in Betracht gezogen wissen will.

[163]) So richtig Nußbaum a. a. O. S. 46 Anm. 2c.

[164]) Ebenso § 133c Abs. 2 Gew.O., anders § 63 Abs. 2 H.G.B.

[165]) Vgl. dazu Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79.

(Lohn, Gehalt, Honorar usw.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden", setzt also Leistung der Dienste voraus.[166]) Bei dieser wörtlichen Auslegung darf man aber nicht stehen bleiben. Denn erstreckt man auf die in Rede stehende, ausdrücklich den Dienstverpflichteten trotz Nichtausführung der entsprechenden Dienste zugebilligte Leistung nicht das Beschlagnahmeverbot, nimmt also die angeführte Bestimmung des § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes streng wörtlich und setzt die Leistung der Dienste nicht ihrer Nichtleistung gleich, so kommt man zu unbilligen, sinnlosen Ergebnissen. Da § 616 es für geboten erachtet hat, dem Dienstverpflichteten in gewissen Fällen die ihm zugesagte Vergütung zuzuwenden, obwohl er die entsprechenden Dienste nicht geleistet hat, dürfen auch die Mittel zur Durchführung dieses Gebotes nicht verweigert, darf die zugedachte Wohltat nicht durch Ermöglichung der Pfändung aufgehoben werden. Es ist daher anzunehmen, daß die erwähnte gesetzliche Voraussetzung des Lohnbeschlagnahmegesetzes von dem gewöhnlichen Fall ausgeht. Der seltenere gleichwertige hat jedoch nicht ausgeschlossen werden sollen und das Gesetz es hier so angesehen, als hätte der Dienstverpflichtete die ihm obliegenden Dienste geleistet.[167])

Aus dieser Unpfändbarkeit ergibt sich, daß „anrechnen" hier nicht „aufrechnen" heißen kann. Denn, „soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt" (§ 394 B.G.B.).

β) Aber auch wenn man eine dem rigor legis dienende Auslegung des § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes anzunehmen vorzieht, muß man doch zu dem gleichen Ergebnisse kommen. Die in § 617 zugelassene „Anrechnung" kann — die Ungleichartigkeit der Forderungen (§ 387 B.G.B.) beiseite gelassen — schon darum nicht „Aufrechnung" sein, weil nur ein einziger Schuldner in Frage steht, § 387 B.G.B. aber voraussetzt, daß „zwei Personen einander Leistungen" schulden. Der Dienstverpflichtete schuldet nicht die Kosten der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung. Die Leistung, deren Kosten auf die Vergütung angerechnet werden dürfen, hat dieselbe Person zu be-

---

[166]) Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 42.

[167]) Lotmar S. 404, 405, 148, 149; Sinzheimer a. a. O. S. 42.

wirken, welche die Vergütung schuldet, ohne eine Gegenforderung auf Ersatz der ihm entstandenen Kosten zu haben.[168])

2. Ebensowenig kann man annehmen, daß der Dienstverpflichtete einen alternativen Anspruch mit Wahlrecht seinerseits hat: entweder auf Übernahme der betreffenden Behandlung für die fragliche Zeit oder auf Lohn dafür.[169]) Denn — ganz abgesehen davon, daß hier überhaupt nicht eine Obligation mit zwei Leistungen, die alternativ Schuldgegenstand sind, besteht, sondern zwei ganz verschiedene Obligationen mit je einer Leistung vorliegen und von einer nach § 263 Abs. 1 B.G.B. erforderlichen Erklärung „gegenüber dem anderen Teile" gar keine Rede ist — § 617 statuiert eine sozialpolitische Verpflichtung des Dienstberechtigten, die gemäß § 619 B.G.B. unabhängig ist von dem Willen des Dienstverpflichteten!

Eine weitere Widerlegung dieser Ansicht erübrigt sich, da ihre Unhaltbarkeit sich bereits aus diesem Grunde hinlänglich ergibt.

3. Ferner kann nicht als Konstruktion eine datio in solutum in Frage kommen. Einerseits wäre hierzu Einwilligung des Dienstverpflichteten erforderlich. Auch heute noch (§ 364 Abs. 1 B.G.B.) gilt der alte Satz: „aliud pro alio invito creditori solvi non potest" (l. 2 § 1 D. 12, 1). Andererseits handelt es sich auch nicht um Hingabe einer anderen als der geschuldeten Leistung an Erfüllungsstatt, durch welche das Schuldverhältnis in gleicher Weise wie durch die Bewirkung der geschuldeten Leistung erlischt. Denn es wird nach § 617 dem Dienstverpflichteten ein aliud pro alio, welches ebenfalls geschuldete Leistung ist, gegeben.[170])

4. In gleicher Weise erweist sich ein Einzwängen der Anrechnungsbefugnis in andere alte Formen, wie z. B. in die der novatio oder der compensatio lucri cum damno, als unmöglich. Neuer Wein muß oft in neue Schläuche gegossen werden. Man kann nur sagen, daß die

---

[168]) So Lotmar a. a. O. S. 663; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 44. Ohne Begründung Oertmann S. 339 Anm. 4; Staudinger S. 423 Anm. 4 und Crome, System Bd. 2 S. 651 Anm. 32; Windscheid-Kipp S. 699. Nußbaum a. a. O. S. 50 spricht fälschlich von Aufrechnung, ebenso Meyer a. a. O. S. 37, 38, Dernburg S. 394, Hilse im Recht Bd. 6 S. 284 und Kretschmar, Das bürgerliche Recht Bd. 1 S. 188.

[169]) Oertmann S. 339 Anm. 4.

[170]) Lotmar S. 663, 677 nimmt eine datio in solutum mit nicht notwendiger Einwilligung des Dienstverpflichteten an.

durch § 617 geschaffene sozialpolitische Legalobligation die eigentümliche Wirkung hat, daß die aus ihr sich ergebende Verpflichtung in der Höhe ihrer Erfüllung die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung für die Zeit der Erkrankung auszulösen vermag, mithin die Anrechnungsbefugnis die Befugnis zur tatsächlichen Einbeziehung einer bereits bewirkten Leistung in eine andere Leistung ist.[171])

d) Den Ausführungen über die Anrechnung ist noch eine Bemerkung anzufügen.

Lotmar[172]) erklärt, daß, wie der Dienstverpflichtete nach § 617 Satz 1 kein Recht auf Krankenpflege habe, wenn seine Erkrankung von ihm durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist, so auch dem Dienstberechtigten das Recht auf Anrechnung der Pflegekosten auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung versagt werden müsse, wenn er an der Erkrankung Schuld ist. Das ist nach zwei Richtungen hin falsch. Einerseits haben Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten nur mit der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten, nichts mit dessen Anrechnungsbefugnis zu tun. Zur Ausschließung der Vergütung für die Zeit der Erkrankung genügt schon jedes Verschulden des Dienstverpflichteten (§ 616 B.G.B.). Andererseits steht auch ein Verschulden des Dienstberechtigten in keiner Beziehung zu dessen Fürsorgepflicht oder zu dessen Anrechnungsbefugnis. Ist die Erkrankung des Dienstverpflichteten durch einen von dem Dienstberechtigten zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden, so haftet er außerdem noch für vollen Schadensersatz, dessen Art und Höhe sich nach den §§ 249 ff., 842, 843 ff. B.G.B. bestimmen, hat also namentlich in solchem Falle über die Dienstzeit hinaus für alle Kurkosten aufzukommen. Diese Schadensersatzpflicht ist aber von der bloßen Fürsorgepflicht scharf zu trennen. Beide haben miteinander nichts zu schaffen. Daher haftet der Dienstberechtigte nicht etwa nach Analogie des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten hier auch nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit — eine solche Annahme wäre völlig aus der Luft gegriffen. Der Dienstberechtigte haftet für jede Fahrlässigkeit gemäß § 276 B.G.B., z. B. wenn er dem Dienstverpflichteten zu schwere Dienste zu-

---

[171]) Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 43; ähnlich Windscheid-Kipp S. 699, wo zutreffend davon geredet wird, daß der Vergütigungsanspruch sich ipso jure um das Entsprechende mindert.

[172]) S. 663 Anm. 1.

mutet und letzterer davon erkrankt, oder wenn aus einer fahrlässigen Versäumnis der ihm durch § 618 B.G.B. auferlegten Einrichtungen und Anordnungen dem Dienstverpflichteten ein körperlicher Schaden entstanden ist.[173])

V.

Wegfall der Verpflichtung.

Eine Befreiung des Dienstberechtigten von der Verpflichtung zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung kann durch Tod, durch sonstige nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unmöglichkeit der Leistung, durch Zeitablauf, durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Dienstverpflichteten bei Herbeiführung der Erkrankung und durch das Vorhandensein einer für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung Vorsorge treffenden Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege erfolgen.

Tod.

a) Löst sich mit dem Tode des Dienstberechtigten das Dienstverhältnis, so erlischt der Fürsorgeanspruch, da die Verpflichtung des Dienstberechtigten „nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus" besteht. Andernfalls richtet er sich gegen den nunmehrigen Dienstberechtigten, falls alle Voraussetzungen dazu vorhanden sind.

Hatte sich bereits beim Tode des Dienstberechtigten der Fürsorgeanspruch in einen Auslagenersatzanspruch verwandelt, so haftet der Erbe (§ 1967 B.G.B.).

b) In gleicher Weise erlischt mit dem Tode des Dienstverpflichteten der Fürsorgeanspruch, falls er nicht aus der Vergangenheit stammt und Auslagenersatzanspruch ist.

c) Bemerkt sei noch, daß nicht etwa nach Analogie von § 1615 B.G.B. im Falle des Todes des Dienstverpflichteten der Dienstberechtigte die Kosten der Beerdigung zu tragen hat. Beerdigung ist nicht die letzte erforderliche Verpflegung oder ärztliche Behandlung. Das geht schon daraus hervor, daß im Krankenversicherungsgesetze neben der freien ärztlichen Behandlung und erforderlichen Verpflegung (§ 6 Ziff. 1 K.V.G.) ausdrücklich noch für den Todesfall des Versicherten ein Sterbegeld im

[173]) Nußbaum a. a. O. S. 49, 50.

zwanzigfachen Betrage des durchschnittlichen Tagelohnes gewährt wird, welches „zunächst zur Deckung der Kosten des Begräbnisses bestimmt und in dem aufgewendeten Betrage Demjenigen auszuzahlen ist, welcher das Begräbnis besorgt" (§ 20 K.V.G.).

Unmöglichkeit der Leistung.

„Impossibilium nulla est obligatio". Nach § 275 B.G.B. wird der Dienstberechtigte „von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistungen infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich". Nähere Erörterungen darüber, wann eine objektive oder subjektive Unmöglichkeit wirklich vorliegt, sind hier nicht am Platze.

Zeitablauf.

Entweder sind die 6 Wochen vorüber, oder das Dienstverhältnis hat — außer durch Kündigung des Dienstberechtigten nach § 626 B.G.B. — sein Ende erreicht. Dann ist der Dienstberechtigte befreit, da er die betreffende Unterstützung nur „bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus", zu gewähren hat. Bei weiteren freiwilligen Aufwendungen für den erkrankten Dienstverpflichteten ist jedoch eine Rückforderung mangels ausdrücklichen Vorbehaltes in der Regel ausgeschlossen. Nach § 814 B.G.B. kann das zum Zweck einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn „der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach". Die Eigenart des Einzelfalles hat hier zu entscheiden. Natürlich bleibt es dem Dienstberechtigten unbenommen, wegen seiner freiwilligen Fürsorge sich an etwaige unterstützungspflichtige Verwandte oder an den unterstützungspflichtigen Armenverband nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 679, 683, 685 B.G.B.) zu halten.

Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Der Dienstberechtigte ist zu der in Rede stehenden Fürsorge nur verpflichtet, „sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist".

A. „Vorsatz" bedeutet in § 617 nichts Anderes wie sonst im B.G.B. oder im St.G.B., da nach den Motiven (Bd. 1 S. 82) der Begriff des Vorsatzes in diesen beiden Gesetzen der gleiche sein soll. Eine Eigentümlichkeit besteht hier einzig und allein darin, daß der Vorsatz — ganz ähnlich übrigens wie in § 826 B.G.B. auf die Zufügung des Schadens — auf die Herbeiführung der Erkrankung gerichtet sein muß.

Demzufolge ist nicht zu der schwierigen und bestrittenen Frage Stellung zu nehmen, was unter Vorsatz zu verstehen und welcher der diesbezüglichen Theorien beizutreten ist. Letzteres würde sich auch schon aus dem Grunde erübrigen, weil es in der Regel praktisch bei Anwendung des § 617 auf dasselbe herauskommt, ob man unter Vorsatz „die Voraussicht des durch die Willenbetätigung bewirkten oder nicht gehinderten rechtswidrigen Erfolges" oder ein „Wollen des Erfolges" versteht, d. h. also, ob man jedes Handeln im Bewußtsein der notwendigen oder auch nur möglichen Kausalität des Tuns zum Eintritt der Erkrankung oder allein den Willen, die Erkrankung herbeizuführen, als ausschlaggebend ansieht, wie das Rechtsprechung und Theorie im Krankenversicherungsrechte für § 6a Abs. 1 Ziff. 2 und § 26a Abs. 2 Ziff. 2 K.V.G. allgemein verlangen. Denn stellt man sich auf den Standpunkt der letzteren Ansicht, so würde z. B. bei Zuziehung einer Verletzung infolge eines vorsätzlichen Sprunges aus dem Fenster nur das körperschädigende Ereignis, aber nicht die Erkrankung selbst vorsätzlich herbeigeführt sein, obwohl der Dienstverpflichtete vorausgesehen hat, daß er sich durch den Sprung eine Verletzung zuziehen würde. Vorsatz wäre hier nach dieser Ansicht nicht anzunehmen, wohl aber würde zweifellos „grobe Fahrlässigkeit" vorliegen. Diese genügt im Gegensatze zum K.V.G. nach § 617 zur Ausschließung der Pflicht des Dienstberechtigten. Es wäre mithin im obigen Falle, sei es nun, daß man mit ersterer Ansicht Vorsatz, sei es nun, daß man mit letzterer keinen Vorsatz annimmt, immer der Dienstberechtigte befreit.

B. Auch der Begriff der „groben Fahrlässigkeit" findet sich noch in anderen Stellen des B.G.B. (§§ 277, 300, 460, 521, 523, 524, 529, 539, 599, 680, 723, 851, 912, 932, 968), hat in § 617 keine abweichende Bedeutung und liegt hier wie überall bei einer besonders schweren Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vor.[174])

[174]) Motive Bd. 1 S. 280 und Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87 S. 448ff.

C. Es bedarf zu dem Begriffe des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit noch folgender kurzer Erörterungen:

a) Auf Motiv und Zweck der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Herbeiführung der Erkrankung kommt es nicht an. Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ist z. B. auch dann anzunehmen, wenn jemand in selbstmörderischer Absicht Hand an sich legt und sich dadurch eine Erkrankung zuzieht, oder wenn der Dienstverpflichtete wegen einer körperlichen Mißbildung, eines Schönheitsfehlers oder eines die Erwerbstätigkeit beschränkenden, aber nicht als Erkrankung zu betrachtenden sonstigen Fehlers sich einer Operation oder irgend einer Behandlung unterzogen und dadurch eine nunmehr der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung bedürftige Verletzung herbeigeführt hat.[175])

b) Ferner wird es unter Umständen als Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit gelten müssen, wenn der Dienstverpflichtete wußte, daß er krank war, es aber verschwiegen und dadurch längere Dauer, höheres Stadium, größere Kosten der gegenwärtigen Erkrankung veranlaßt hat.

c) Weiter kann in Frage kommen, inwieweit die Weigerung des Dienstverpflichteten, eine nach ärztlichem Gutachten erforderliche Operation an sich vornehmen zu lassen, oder überhaupt der Widerstand des Erkrankten gegen ärztliche Maßnahmen in Betracht zu ziehen sind.

Eine gesetzlich oder vertragsmäßig oder gewohnheitsmäßig begründete und erzwingbare Pflicht, an seinem Körper eine medizinische Operation vornehmen zu lassen, gibt es nicht. Mit Recht hat man auf dem Gebiete des Reichsversicherungsrechts zwar daran festgehalten, daß innerhalb gewisser Grenzen von dem Erkrankten verlangt werden kann, an seinem Teile zu möglichst erfolgreicher Durchführung des Heilverfahrens mitzuwirken und sich insbesondere nicht offenbar ungefährlichen Maßregeln zu widersetzen. Andererseits hat man aber auch den Grundsatz aufgestellt, daß eine Pflicht, Operationen an sich vornehmen zu lassen, nicht besteht. Demgemäß ist es für unzulässig zu erklären, die Versagung der Fürsorge seitens des Dienstberechtigten darauf zu stützen, daß der Dienstverpflichtete eine in die Unversehrtheit seines Körpers eingreifende oder mit irgend einer Gefahr verbundene Operation abgelehnt hat. Nur dann sind die Ansprüche des

---

[175]) Hahn S. 61, Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 20. Februar 1893 in Arbeiterversorgung Bd. 10 S. 536.

Dienstverpflichteten ausgeschlossen, wenn er ohne Berechtigung im obigen Sinne — wider Treu und Glauben — sich ärztlichen Maßnahmen — und auch der Einweisung in ein Krankenhaus, wovon schon früher die Rede war, — widersetzt und dadurch erweislich seine Erkrankung verzögert oder verschlimmert. Man wird hier analog die diesbezügliche Bestimmung der neuen Seemannsordnung anwenden können, wo gemäß § 59 Abs. 5 der Schiffsmann, „welcher sich der Heilbehandlung ohne berechtigten Grund entzieht und hierdurch nach ärztlichem Gutachten die Heilung vereitelt oder wesentlich erschwert hat", seinen Fürsorgeanspruch verliert.[176])

d) Endlich sei hervorgehoben, daß Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit häufig bei Erkrankung infolge außerehelichen Geschlechtsverkehrs, Trunkfälligkeit, Beteiligung an Schlägereien, Raufhändeln usw. anzunehmen sein werden, falls diese die Ursache der Erkrankung gebildet haben. Aber nicht stets.[177]) § 617 verlangt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, im Gegensatze zu § 616 B.G.B. und § 63 H.G.B., wo der Anspruch bei jedem Verschulden wegfällt. Es ist beispielsweise möglich, daß ein anständiges, unbescholtenes Dienstmädchen sich nach langem Sträuben von seinem Verlobten zum außerehelichen Geschlechtsverkehr verleiten läßt und hierbei sich eine Geschlechtskrankheit zuzieht. Fahrlässigkeit ist das jedenfalls, nicht aber grobe Fahrlässigkeit, vor allem, wenn man bedenkt, daß in diesen Kreisen der Bevölkerung der geschlechtliche Verkehr unter den Verlobten durchaus nicht als grober Verstoß gegen die Sittlichkeit angesehen wird.[178])

e) Zu bemerken ist noch, daß eine krankheitherbeiführende Handlung des Dienstverpflichteten, welche „im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit" (§ 827 Satz 1 B.G.B.) begangen

---

[176]) Dazu Fuld in Arbeiterversorgung Bd. 11 S. 181; Hahn S. 62; Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation S. 51 ff. und Lehrbuch Bd. 1 S. 751 Anm. 14; Rosin S. 313 und Oertmann S. 18 Anm. 3.

[177]) So z. B. Planck Anm. 4c; Kuhlenbeck Anm. 5 zu § 617. Im K.V.G. müssen in solchen Fällen die Krankenkassen ärztliche Behandlung und Arznei gewähren und dürfen nur die Gewährung von Krankengeld durch Statut ausschließen (§ 6a, § 26a K.V.G.).

[178]) Zutreffend Goldmann-Lilienthal S. 623 Anm. 23.

ist, den Dienstberechtigten nicht befreit, selbst nicht einmal bei actio libera in causa, da hier gemäß § 827 Satz 2 B.G.B. dem Dienstverpflichteten nur Fahrlässigkeit, nicht grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

D. Zum Schluß ein kurzes Wort über die Beweislast oder, besser gesagt, über die Behauptungslast. Aus den Worten „sofern nicht" kann noch nicht allein, wie vielfach angenommen wird, abgeleitet werden, daß die Partei, welche die Ausnahme behauptet, sie zu beweisen habe. Nicht lediglich aus dieser Wendung, sondern aus den allgemeinen Regeln der Beweislast muß das gefolgert werden. Diesbezüglich ist daher hier hervorzuheben, daß die Partei, welche Rechte geltend macht, nur die spezifisch rechtserzeugenden, die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen hat und für die subjektiven Tatbestandsmomente des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit der alte Satz „quisquis praesumitur bonus" gilt. Kläger braucht nur darzutun, daß das von ihm geltend gemachte Recht entstanden ist. Behauptet Beklagter eine Veränderung, so hat er sie zu beweisen.

Daraus folgt für § 617, daß der Dienstverpflichtete das dauernde Dienstverhältnis, die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und die Erkrankung, der Dienstberechtigte dagegen das Vorhandensein von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bei Herbeiführung der Erkrankung sowie die sonstigen Beseitigungsgründe seiner Verpflichtung zu beweisen hat.[179])

Versicherung und Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege.

„Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist."

A. Bevor auf die Begriffe der „Versicherung" und „Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege" einzugehen ist, sei festgestellt, daß von Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege überhaupt nur die Rede sein kann, falls durch sie für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung „Vorsorge getroffen ist".

---

[179]) Vgl. dazu Wach in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29 S. 388; Oertmann S. 339 Anm. 5; Crome, System Bd. 2 S. 651 Anm. 33; Planck Anm. 4e zu § 617.

Von getroffener Vorsorge wird man nur dann reden können, wenn einer Überweisung des Dienstverpflichteten an die öffentliche Armenpflege in wirksamer Weise vorgebeugt ist und die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege das leistet, was sonst der Dienstberechtigte zu leisten verpflichtet wäre.[180]) Keine getroffene Vorsorge liegt also vor, wenn die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege entweder leistungsunfähig oder zwar leistungsfähig ist, aber nicht leistet, oder wenn sie weniger als die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung gewährt. Nur eine solche Auffassung dürfte dem sozialpolitischen Geist und Zweck des § 617 entsprechen.

Von den Folgerungen, die diese Ansicht nach sich zieht, seien wenigstens einige genannt.

a) Während eines etwaigen Streites, ob die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege zu leisten habe oder leistungsfähig sei, darf der Dienstberechtigte den erkrankten Dienstverpflichteten nicht auf die Straße setzen, sondern hat ihm vorläufig die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren, wofür er natürlich unter Umständen dann später Regreßansprüche hat.

b) Ebenso geht es nicht, daß der Dienstberechtigte sich seiner schwer lastenden Verpflichtung aus § 617 in der einfachen Weise entledigt, daß er sich für billiges Geld gegen Erkrankungen des Dienstverpflichteten bei irgend jemand versichert, der seiner durch die Versicherung übernommenen Verpflichtung nicht nachkommen kann.[181])

c) Wird durch die Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege weniger, etwa nur die ärztliche Behandlung, gewährt, so bleibt die Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung bestehen. Der Dienstberechtigte ist nicht befugt, den Dienstverpflichteten an die Armenverwaltung zu verweisen.[182])

d) Falsch ist die Ansicht, daß bei einer Gewährung der in § 6 Ziff. 1 K.V.G. aufgeführten Leistungen seitens der Krankenkasse die Verpflichtung des Dienstberechtigten zur „Verpflegung", d. h. zur Ge-

---

[180]) Ähnlich Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79 unter Nr. 2.

[181]) Damit ist der Einwand hinfällig, den man gegen die Zulässigkeit einer privaten Versicherung erhoben hat, es seien teilweise mit dieser recht schlimme Erfahrungen gemacht, Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 351.

[182]) Ähnlich Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79 unter Nr. 2.

währung von Unterkunft, Beköstigung, Wartung usw. trotz der Versicherung bestehen bleibt.[183]) Denn diese „Verpflegung" ist, wie schon oben ausgeführt wurde,[184]) gar nicht auf Grund der sozialen politischen Legalobligation nach § 617 vom Dienstberechtigten zu leisten. Sie ist Vergütung, hängt deshalb von dem vereinbarten Dienstvertrag ab und hat mit der Befreiung des Dienstberechtigten infolge Eintritts einer Versicherung gar nichts zu tun.

B. § 617 braucht das Wort „Versicherung" ohne jeden Zusatz. Mittelst grammatischer Interpretation, die sich an den erkennbaren Wortlaut hält, kommt man daher zu dem Ergebnisse, daß kein Unterschied zwischen einer privaten und öffentlichen, zwischen einer gesetzlichen und freiwilligen, zwischen einer vom Dienstberechtigten und vom Dienstverpflichteten eingegangenen Versicherung gemacht wird.

Ein Antrag im Reichstag, statt „eine Versicherung" zu setzen „eine auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehende Versicherung" war abgelehnt worden.[185])

Die Gründe, welche für eine engere Auslegung des Wortes „Versicherung" angeführt werden können und auch angeführt worden sind, dürfen nicht als stichhaltig bezeichnet werden. Lege non distinguente nec nostrum est distinguere. Es ist vor allem unrichtig, wenn man annimmt, daß der dem Dienstverpflichteten aus eigener freiwilliger Versicherung zufließende Vorteil für sein Verhältnis zum Dienstberechtigten außer Betracht bleiben müsse und die vom Dienstberechtigten freiwillig gezahlten Beiträge als höhere Lohnzahlung oder Geschenk anzusehen seien, die eine Veränderung seiner Pflichten nicht herbeiführen dürften. Denn dann käme man zu dem sicher nicht gewollten Ergebnisse, daß der Dienstverpflichtete besser gestellt wäre, wenn er krank, als wenn er gesund ist. Solch einen Vorteil dem Dienstverpflichteten zu gewähren, kann nicht dem Willen einer sozialpolitischen Bestimmung entsprechen. Der Gesetzgeber hat zweifellos die Verpflichtung des Dienstberechtigten auf die Fälle beschränken wollen, wo der Dienstverpflichtete der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen

---

[183]) Arbeiterversorgung Bd. 17 S. 79.

[184]) Siehe Anm.

[185]) Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 351.

Behandlung bedarf. Der Dienstverpflichtete bedarf ihrer aber nicht, wenn durch eine Versicherung irgend einer Art für ihn gesorgt ist.[186])

Der Begriff der „Versicherung" ist also hier ein ganz besonderer. Es ergibt sich für ihn folgende Definition: eine Versicherung im Sinne des § 617 liegt dann vor, wenn der Übernehmer für die von ihm dem Dienstverpflichteten im Falle der Erkrankung zu gewährende Fürsorge etwas als Gegenleistung erhält.

Nur bei einer derartigen Auffassung gelangt man zu praktisch brauchbaren Ergebnissen. Nur die obige Begriffsbestimmung dürfte dem Willen des Gesetzgebers in jeder Weise entsprechen. Aus ihr folgt positiv, daß nicht nur eine Versicherung auf Grund eines Versicherungsvertrages, sondern auch eine Versicherung auf Grund der Arbeiterversicherungsgesetze, welche nicht als juristisch-technische Versicherung zu betrachten ist,[187]) den Dienstberechtigten von seiner Verpflichtung befreien kann, falls die übernommene Unterstützung keine entgeltlose ist, und negativ, daß alle dem Dienstverpflichteten etwa zustehenden Unterhaltsansprüche, die sich nicht an irgend eine Gegenleistung knüpfen, für § 617 auszuscheiden haben, auch wenn sie wirtschaftlich als Versicherung aufgefaßt werden können.[188])

Im einzelnen ist zu der Versicherung noch folgendes zu bemerken:

a) Auf die vertragliche Versicherung finden die diesbezüglichen Vorschriften Anwendung. Von ihnen ist hier nicht zu reden.

b) Darauf, wann die Arbeiterversicherungsgesetze für § 617 in Betracht kommen, ist näher einzugehen.

---

[186]) A. A. Hilse im Recht Bd. 6 S. 204, der eine Selbstversicherung des Dienstverpflichteten als den Dienstberechtigten nicht befreiend ansieht; richtig Laß a. a. O. S. 18, der es als „unzweifelhaft" hinstellt, „daß die Versicherung, welche § 617 Abs. 2 im Auge hat, sowohl eine private wie eine öffentliche (gesetzliche), sei es mit, sei es ohne Beteiligung des Arbeitgebers an Beiträgen, sein kann"; Achilles-Greif, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., Anm. 2 zu § 617; Staudinger S. 423 Anm. IV, 5; Windscheid-Kipp S. 699.

[187]) Vgl. dazu Rosin S. 255ff. und Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechtes S. 877ff.

[188]) Zu letzterer Behauptung Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden Bd. 23 S. 282 Anm. * und Hoffmann, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft Anm. 6 zu § 27 L.U.V.G.

I. Das Reichsgesetz vom 13. Juni 1883, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, abgeändert durch Gesetz vom 10. April 1892, findet, wenn man die einzelnen Bestimmungen zusammenfaßt und einen allerdings von mannigfaltigen Ausnahmen durchbrochenen Grundsatz aufstellt, für alle im Gewerbe- oder Handelsbetriebe gegen Lohn oder Gehalt beschäftigten Personen, sofern ihr Arbeitsverdienst aus dem Lohn oder Gehalt $6^2/_3$ Mark für den Arbeitstag oder 2000 Mark für das Jahr nicht übersteigt, Anwendung (§§ 1, 2a K.V.G.).[189])

Danach kommt § 617 — abgesehen von der dem Dienstverhältnisse zu Grunde liegenden Beschäftigung — stets dann zur Anwendung, wenn der Arbeitsverdienst des Dienstverpflichteten mehr als $6^2/_3$ Mark für den Arbeitstag oder 2000 Mark für das Jahr beträgt.

Die weiteren Fälle, in denen § 617 durch das K.V.G. nicht aufgehoben wird, in geschlossener Vollständigkeit aufzuzählen, würde zu weit führen. Es wäre dazu das ganze K.V.G. durchzugehen und hierbei noch manche auftauchende Streitfrage zu lösen. Das würde Aufgabe einer selbständigen Sonderarbeit sein und aus dem Rahmen dieser Abhandlung fallen. Es seien daher nur zwei der wichtigsten Punkte — und auch diese mehr andeutungsweise als erschöpfend — hervorgehoben.

1. Die Dienstboten — worunter hier Personen verstanden sind, welche in häuslicher Gemeinschaft mit der Herrschaft leben und, sei es im landwirtschaftlichen Betriebe (als Gesinde, Knechte, Mägde), sei es mit gewöhnlichen häuslichen Diensten, im Gegensatze zum Beruf oder Gewerbe des Dienstberechtigten beschäftigt werden, — unterliegen dem Krankenversicherungszwange nicht. Die Krankenversicherungspflicht kann nicht einmal durch eine statutarische Bestimmung der Gemeinde auf sie erstreckt werden.[190])

Diese einfache Gestaltung wird jedoch von zweierlei durchbrochen. Zunächst durch den Umstand, daß das K.V.G. in der Praxis auf alle Dienstboten ausgedehnt worden ist, welche nebenbei über die Hauswirtschaft hinaus in einem versicherungspflichtigen Betriebe länger und in nicht ganz unerheblicher Weise, z. B. in einer Schank- oder Gastwirtschaft mit dem Reinigen der Gerätschaften und Geschirre oder der Zubereitung der Speisen für die Gäste, tätig sind, und für diese still-

[189]) So auch Conrad, Volkswirtschaftspolitik S. 279.
[190]) Hahn S. 41; Rosin S. 167.

schweigend oder ausdrücklich mitausbedungene Beschäftigung einen darauf sich beziehenden Lohn erhalten, d. h. wenn sie dafür einen besonderen Lohn bekommen oder den Umständen nach anzunehmen ist, daß bei der Festsetzung der Höhe des Lohnes jene Nebenbeschäftigung berücksichtigt worden ist. Dann sind die betreffenden Personen nicht bloß Dienstboten, sondern zugleich Gewerbegehülfen, also nach § 1 K.V.G. versicherungspflichtig.[191]) Außerdem sind aber die Dienstboten noch nach § 4 Abs. 2 K.V.G. beitrittsberechtigt, d. h. „berechtigt, der Gemeindekrankenversicherung der Gemeinde, in deren Bezirk sie beschäftigt sind, beizutreten". Tun sie dies, so wird der Dienstberechtigte von seiner Verpflichtung frei, und die Krankenversicherung kann nicht nach § 57 K.V.G. Ersatzansprüche gegen den Dienstberechtigten geltend machen.

Die Leistungen zur Kasse haben die Dienstboten selbstverständlich allein zu tragen, da ja für die nicht versicherungspflichtigen Personen keine Verbindlichkeit des Dienstberechtigten, zu den Beiträgen zuzuschießen, besteht.

2. Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge, welche bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen die Ansprüche aus § 617 haben, sind der Regel nach nicht versicherungspflichtig.[192]) Nur ausnahmsweise sind sie bei einer Krankenkasse oder der Gemeinde-Krankenversicherung gegen Krankheit versichert, wenn nämlich durch Vertrag die ihnen nach § 63 Abs. 1 H.G.B. — für die Handlungslehrlinge nach § 76 H.G.B. — zustehenden Rechte aufgehoben oder beschränkt sind (§ 1 Abs. 4 K.V.G.), oder wenn eine statutarische Bestimmung der Gemeinde die Versicherungspflicht auf sie ausgedehnt hat (§ 2 Ziff. 5 K.V.G.). Die Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge sind also nur bedingt und fakultativ versicherungspflichtig. Die Geltung der §§ 63 Abs. 1 und 76 H.G.B. sowie ein nicht statutarischer Versicherungszwang sind die gesetzliche Regel. Liegt aber eine der beiden Ausnahmefälle vor, so wird ipso jure das Versicherungsverhältnis perfekt und der Dienstberechtigte von seiner Verbindlichkeit aus § 617 befreit.[193])

---

[191]) Nähere Ausführungen bei Hahn S. 41, 42; Nußbaum S. 52; Gerhard S. 119, 120; Lindenberg S. 81, 82.

[192]) Nach Gesetz, betreffend weitere Abänderungen des Krankenversicherungsgesetzes vom 25. Mai 1903 (Reichs-Gesetzblatt 1903 Nr. 28 S. 235), das am 1. Januar 1904 in Kraft treten wird, ist gemäß Art. 1 die Krankenversicherungspflicht auf sie ausgedehnt.

[193]) Näheres bei Hahn in Arbeiterversorgung Bd. 14 S. 97 ff. und a. a. O. S. 27.

II. Von den Unfallversicherungsgesetzen können für § 617 das Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900 (§ 12), das Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft vom 30. Juni 1900 (§ 27) und das Bau-Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900 (§ 10) in Betracht kommen. Während nämlich regelmäßig nach den Unfallversicherungsgesetzen die betreffenden Leistungen erst nach Ablauf von dreizehn Wochen seit dem Unfall gewährt werden, also die sechs Fürsorgewochen des Dienstberechtigten in keiner Weise berühren, gilt ausnahmsweise kraft besonderer Bestimmungen für die drei genannten Unfallversicherungsgesetze etwas Anderes.

Das Verhältnis des § 12 G.U.V.G., des § 27 L.U.V.G. und des § 10 B.U.V.G. zu § 617 ist im Folgenden flüchtig zu beleuchten.

1. § 12 G.U.V.G. bestimmt, daß für die nach §§ 1, 2 G.U.V.G. versicherten Arbeiter und Betriebsbeamten, letzteren bei einem Jahresverdienste bis zu zweitausend Mark, welche nicht nach den Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes versichert sind, „der Betriebsunternehmer die in den §§ 6, 7 des Krankenversicherungsgesetzes vorgesehenen Unterstützungen einschließlich des aus dem vorhergehenden Absatze sich ergebenden Mehrbetrages für die ersten dreizehn Wochen aus eigenen Mitteln zu gewähren“ hat.

Die in § 12 G.U.V.G. ausgesprochene Verpflichtung des Betriebsunternehmers ist nicht eine Verpflichtung aus einer „Versicherung“, wie dies § 617 nach unserer Begriffsbestimmung voraussetzt. Sie ist entgeltlos und verfolgt nur den Zweck, eine Lücke der öffentlichen Fürsorge auszufüllen für Personen, für welche während der ersten dreizehn Wochen nach dem Unfall durch eine Versicherung nicht gesorgt ist. § 12 G.U.V.G. hat es mit denen zu tun, welche während der ersten dreizehn Wochen einen Versicherungsanspruch nicht haben. Der Umstand allein, daß die Verpflichtung des Unternehmers zur Gewährung der Fürsorge in einem Reichsversicherungsgesetz ausgesprochen ist, kann für § 617 nicht entscheidend sein.[194])

2. § 27 L.U.V.G. bestimmt: „Während der ersten dreizehn Wochen nach dem Unfall eines Arbeiters hat die Gemeinde, in deren Bezirk der Verletzte beschäftigt war, demselben die Kosten des Heilverfahrens

[194]) Vgl. dazu noch die Bemerkung bei Rosin S. 446 und Laß a. a. O. S. 18 unter Nr. 5b.

in dem in § 6 Abs. 1 Ziff. 1 des Krankenversicherungsgesetzes bezeichneten Umfange zu gewähren. Diese Verpflichtung besteht nicht, insoweit die Verletzten auf Grund gesetzlicher Bestimmungen Anspruch auf eine gleiche Fürsorge haben" usw.

Auch die in § 27 L.U.V.G. geregelte Verpflichtung der Gemeinde kann aus demselben Grunde nicht als eine „Versicherung" im Sinne des § 617 Abs. 2 angesehen werden. Hier spricht aber außerdem noch für unsere Auffassung in ausschlaggebender Weise die Absicht des Gesetzgebers, welcher bei Fassung des § 27 L.U.V.G. und bei Abänderung des Wortes „landesgesetzliche" in „gesetzliche" Bestimmungen ausdrücklich auch die Vorschrift des § 617 treffen wollte.[195])

3. § 10 Abs. 2 B.U.V.G. bestimmt: „Bei solchen Unfällen hat die Gemeinde, in deren Bezirk der verletzte Arbeiter beschäftigt war, demselben während der ersten dreizehn Wochen nach dem Unfalle die im § 6 Abs. 1 Ziff. 1 des Krankenversicherungsgesetzes bezeichneten Leistungen zu gewähren, sofern nicht der verletzte Arbeiter sich im Ausland aufhält oder auf Grund der Krankenversicherung oder anderer Rechtsverhältnisse Anspruch auf eine mindestens gleiche Fürsorge hat."

Auch die Verpflichtung der Gemeinde nach § 10 B.U.V.G. ist keine „Versicherung" im Sinne des § 617. Es gelten hier die gleichen Gründe wie für § 27 V.U.V.G. und § 12 G.U.V.G.[196])

---

[195]) v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze Bd. 6 S. 422 Anm. 6 zu § 27 L.U.V.G. sowie der angezogene Bericht der Reichstagskommission vom 28. April 1900, Drucksachen des Reichstags, 10. Legislaturperiode I. Session 1898/1900 Nr. 703b S. 37, wo es zum § 10 des Gesetzes vom 5. Mai 1886 heißt: „Im Abs. 1 wurde in der 7. Zeile vor dem Worte „landesgesetzlicher" der Teil „landes" gestrichen, da auch reichsgesetzliche Bestimmungen, z. B. § 617 des B.G.B., in Betracht kommen können"; Laß a. a. O. S. 18; Hoffmann ebenda S. 219; Urteil des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 316, wo es heißt: „Was die Gemeinden nach dem Unfallversicherungsgesetze vorschußweise zu leisten haben, fällt selbstverständlich nicht unter die Versicherung oder die öffentliche Krankenpflege im Sinne des § 617", sowie Urteil vom 27. November 1902 in Entscheidungen Bd. 42 S. 324; Piloty, Die Unfallversicherungsgesetze Bd. 2, 2. Aufl., S. 357; Hoffmann, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft Anm. 5 zu § 27 L.U.V.G.

[196]) Mit Recht bemerkt bereits Piloty a. a. O. S. 474, daß unter „anderen Rechtsverhältnissen" in § 10 Abs. 2 L.U.V.G. auch privatrechtliche zu verstehen sind.

III. Durch das Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899 wird die Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Fürsorge für den Dienstverpflichteten in keiner Weise beeinflußt, da durch dieses Gesetz gar nicht für die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung des Dienstverpflichteten „Vorsorge getroffen", sondern nur bei Vorliegen der in §§ 28 ff. aufgezählten Erfordernisse im Falle dauernder Erwerbsunfähigkeit eine Invalidenrente (§ 15 Abs. 1 J.V.G.) oder bei zurückgelegtem siebzigsten Lebensjahr ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer Erwerbsunfähigkeit eine Altersrente (§ 15 Abs. 3 J.V.G.) oder im Falle nicht dauernder, aber 26 Wochen ununterbrochen vorhanden gewesener Erwerbsunfähigkeit eine Invalidenrente für die weitere Dauer der Erwerbsunfähigkeit (§ 16 J.V.G.), also immer etwas völlig Anderes als in § 617 gewährt wird, eine Erkrankung weder Voraussetzung noch Grund eines Anspruchs auf erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bildet, und § 49 J.V.G. ausdrücklich alle sonstigen gesetzlichen Verpflichtungen zur Fürsorge für „kranke" Personen als durch dieses Gesetz nicht berührt erklärt.[197])

C. Der Begriff der „Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege" bedarf nur weniger Worte zur Erläuterung.

Das Gesetz spricht von öffentlicher Krankenpflege. Das Eintreten der öffentlichen Organe im Wege der Armenpflege kann also nicht hierunter bezogen werden, denn die in dieser Beziehung geschaffenen Einrichtungen sind zum Schutze des Publikums gegen Arme da und haben nicht den Charakter einer sozialpolitischen Berechtigung, sondern den des Almosenempfanges mit einer Reihe entwürdigender Rechtsfolgen (zeitweiser Verlust politischer Ehrenrechte, der Wahlrechte in staatlichen, kommunalen und kirchlichen Angelegenheiten). Für § 617 Abs. 2 handelt es sich aber um im Wege einer allgemeinen öffentlichen Krankenfürsorge getroffene sozialpolitische Vorkehrungen.[198])

Reichsrechtlich bestehen solche „Einrichtungen" der öffentlichen Krankenpflege nicht. Ihr Vorliegen ergibt sich also nur aus Landesgesetzen. Auf die verschiedenen derartigen Einrichtungen in den ein-

---

[197]) A. A. Gerhard S. 122 Anm. 15 ff. zu § 617 und Nußbaum S. 54, die eine Beseitigung der Verpflichtung des Dienstberechtigten durch das J.V.G. annehmen.

[198]) Gerhard a. a. O. S. 118 unter Anm. 12.

zelnen Bundesstaaten — so in Bayern nach dem Gesetz über die öffentliche Armen- und Krankenpflege vom 29. April 1869[199]) — hier näher einzugehen, liegt außerhalb des Rahmens dieser Aufgabe.

VI.

Zwingender Charakter der Verpflichtung.

Im engsten Zusammenhange zu dem soeben erläuterten Inhalte der Verpflichtung des Dienstberechtigten steht § 619 B.G.B., welcher ganz ähnlich wie die analogen Vorschriften für die Reichsversicherungsgesetze (§ 80 K.V.G., § 144 G.U.V.G., § 152 L.U.V.G., § 45 B.U.V.G., § 139 S.U.V.G., § 180 J.V.G.) die Bestimmung trifft, daß die dem Dienstberechtigten nach § 617 obliegende Verpflichtung „nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden" kann, ihr also einen zwingenden Charakter beilegt. Und das mit Recht. Der durch die sozialpolitische Legalobligation des § 617 angestrebte Schutz des Dienstverpflichteten war in wirksamer Weise nur dadurch zu erreichen, daß man einer die Haftung des Dienstberechtigten ausschließenden oder beschränkenden Verabredung die Gültigkeit versagte und hier von dem das Recht der Schuldverhältnisse grundsätzlich beherrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit[200]) eine Ausnahme machte. Ohne die Vorschrift des § 619 wäre die Fürsorgepflicht des § 617 nur in sehr engen Grenzen zur Wirksamkeit gelangt, da sonst der Dienstberechtigte sie häufig durch vertragsmäßige Bestimmung ausgeschlossen oder beschränkt haben würde. Allerdings hätte auch ohne § 619 B.G.B. die Annahme nahe gelegen, daß die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes, die ohne jeden Zusammenhang mit dem Parteiwillen eintreten, auch der Einwirkung der Parteien grundsätzlich entrückt sein müssen. Man wäre vielleicht auch ohne § 619 zu der Überzeugung gelangt, daß das Gesetz dort, wo es sozialpolitische Zwecke verfolgt, es nicht der Willkür der Parteien anheimstellen darf, wie weit sie diesen Zwecken Rechnung zu tragen gedenken. Der anerstrebte Schutz des Schwachen vor Übervorteilung und Ausbeutung durch den Starken wäre ja kläglich und

---

[199]) v. Müller a. a. O. S. 250.

[200]) Motive Bd. 2 S. 2. Eine Zusammenstellung der zwingenden Rechtssätze im B.G.B. gibt Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch S. 89 ff.

einfach kümmerlich, wenn es dem Starken freistehen sollte, den Schwachen zu ganzem oder teilweisem Verzicht auf sein Recht zu zwingen! Immerhin hätte man es aber — der lebhafte Streit um den zwingenden oder nichtzwingenden Charakter des § 616 B.G.B. zeigt das zur Genüge — für gewagt halten können, von so allgemeinen Erwägungen die Entscheidung über die zwingende Natur des § 617 abhängig zu machen. § 619 B.G.B. hat also sein Gutes.[201])

Zu § 619 sind noch einige Einzelheiten festzustellen.

a) Die Unzulässigkeit eines ganzen oder teilweisen Erlasses „im voraus" bezieht sich nicht nur auf die Zeit vor dem Beginne des Dienstverhältnisses, sondern auch auf einen späteren Erlaß während desselben, da die in Rede stehende Verpflichtung bis dahin in jedem Augenblicke wieder von neuem eintreten kann.

b) Nicht beizutreten ist der in der zweiten Kommission von den Vertretern der verbündeten Regierungen im Einklange mit den Mitgliedern der Kommission festgestellten Erklärung, „im voraus" hieße: „solange bis das Dienstverhältnis völlig abgelaufen sei".[202])

c) Es verbietet sich ferner eine Auffassung dahin, daß „im voraus" „vor Eintritt der Erkrankung" bedeutet, also mit dem Augenblick der Entstehung des Anspruchs auf diesen ganz oder teilweise verzichtet werden kann. Ein derartiger Verzicht würde, wenn der Dienstverpflichtete nicht in der Lage ist, sich selbst die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu beschaffen, zu Ungunsten der Armenpflege, welcher der Dienstverpflichtete dann anheimfiele, erfolgen. Diese hätte wegen des Verzichtes keinerlei Ersatzansprüche. Denkbar wäre danach also, daß auf solche Weise § 617 zu Gunsten des Dienstberechtigten umgangen wird. Das darf nicht sein und soll ja gerade durch § 619 verhütet werden. Der Gesetzgeber kann eine derartige Befugnis des Dienstverpflichteten, die Rechte der öffentlichen Unterstützungsbehörden einzuschränken, nicht gewollt haben.

d) „Im voraus" bedeutet vielmehr dasselbe, wie „für die Zukunft" in § 1614 Abs. 1 B.G.B., d. h. daß jede Vereinbarung, welche sich auf die Folgezeit bezieht, also auch eine Verein-

---

[201]) Vgl. dazu Ehrlich a. a. O. S. 83 ff. und Dernburg Bd. 1 S. 54.

[202]) Reichstags-Kommissionsbericht S. 85; ebenso Planck Anm. 2 zu § 619 und Matthias, Lehrbuch Bd. 1 S. 521. Richtig Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 65.

barung während der Dauer der Erkrankung, ungültig ist. Denn die Verpflichtung des Dienstberechtigten besteht darin, daß er während der Dauer der Erkrankung des Dienstverpflichteten — mit der zeitlichen Einschränkung auf sechs Wochen — diesem die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren hat. Demgemäß ist jede Vereinbarung vor dem Ablaufe der Verpflichtung „im voraus" getroffen und daher nichtig. Nur über entstandene konkrete Auslagenersatzansprüche kann gültig, insbesondere durch Vergleich (§ 779 B.G.B.), paktiert werden.[203])

e) Der Dienstberechtigte darf, wie schon früher bemerkt wurde, statt der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung auch nicht ein aliud gewähren, selbst wenn dasselbe kein minus ist. Dadurch würde die dem Dienstberechtigten nach § 617 „obliegende" Leistung aufgehoben. Es konkurriert mit dem Privatinteresse des Dienstverpflichteten ein öffentliches Interesse, daß ihm eine sachgemäße Hülfe zuteil werde. Man kann also nicht sagen, es komme nach § 619 B.G.B. lediglich in Betracht, ob der Nachteil, der dem Dienstverpflichteten daraus entspringt, daß die Anwendung des § 617 durch Übereinkunft ausgeschlossen oder beschränkt wird, völlig durch den Vorteil ausgeglichen wird, den die Vereinbarung dem Dienstverpflichteten zuspricht.

f) Aus § 619 in Verbindung mit § 344 B.G.B. ergibt sich auch, daß die Geltendmachung der Rechte nicht indirekt dadurch verhindert werden kann, daß sich der Dienstberechtigte für den Fall der Geltendmachung eine Vertragsstrafe ausbedingt.[204])

g) Wie bereits hervorgehoben, ist hinsichtlich der Unterbringung in eine Krankenanstalt eine vertragliche Beschränkung möglich und erlaubt. Zur Krankenhausbehandlung ist der Dienstberechtigte ja nicht verpflichtet. Nur darf durch eine solche Vereinbarnng niemals die Verpflichtung zur Gewährung der „erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung" eingeschränkt werden.

h) Ein gegen § 619 verstoßender Vertrag ist nach § 134 B.G.B. nichtig.

---

[203]) So richtig Staub S. 262 Anm. 9 und S. 258; Goldmann-Lilienthal S. 624 Anm. 25; Lindenberg S. 99; Planck Anm. 3 zu § 619; Oertmann S. 341.

[204]) So schon Planck Anm. 2 zu § 619.

Es fragt sich, welchen Einfluß diese Nichtigkeit der entgegenstehenden Abrede auf den Dienstvertrag ausübt.

Nach § 139 B.G.B. ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil des Rechtsgeschäftes nichtig ist, außer wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Ist also § 139 anwendbar, so ist regelmäßig der ganze Dienstvertrag in Frage gestellt und würde die Schutzvorschrift des § 619 dazu beitragen, die Rechtsstellung des Dienstverpflichteten noch unsicherer zu machen, obwohl doch der Gesetzgeber eine Befestigung derselben im Sinne hatte. § 139 ist aber überhaupt nicht anwendbar. Hier zeigt sich wieder die Wichtigkeit unserer Konstruktion einer sozialpolitischen Legalobligation. Denn nach ihr ist der betreffende nichtige Vertrag gar nicht ein Teil des Dienstvertrages und der vertraglich ausgeschlossene oder beschränkte Anspruch des Dienstverpflichteten auf die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung kein Teil des Anspruchs auf die vereinbarte Vergütung.[205])

i) Eine der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten voraufgehende Erweiterung sowohl in Bezug auf die Verpflichtung als auf die Höhe und Art der Leistung ist selbstverständlich zulässig. Das ergibt sich aus dem Wortlaute des § 619 selbst, wie auch durch Analogieschluß aus § 225 B.G.B.

k) Unbenommen bleibt es dem Dienstberechtigten, sich seiner Verpflichtungen nach § 617 auf dem Wege zu entledigen, daß er vertraglich mit dem Dienstverpflichteten ausmacht, dieser habe sich gegen Krankheit selber zu versichern. Die Rechtslage ist hier dann ähnlich wie die in dem entsprechenden Falle des K.V.G., wo sich der Arbeitgeber gemäß § 75 von seinen Pflichten dadurch befreien kann, daß er nur solche Arbeiter annimmt, die Mitglieder einer auf Grund des Gesetzes über die eingeschriebenen Hülfskassen errichteten Kasse sind.

VII.

Verletzung der Verpflichtung.

Zuwiderhandlungen in Bezug auf die Verpflichtung des Dienstberechtigten aus § 617 sind zwar — im Gegensatze zu den analogen

[205]) Vgl. hierzu die gekünstelte und nicht zu teilende Auffassung von Staub S. 259 in dem Exkurs zu § 62 H.G.B. und Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte S. 399.

Vorschriften des K.V.G. (§§ 81 ff.) — nicht strafbar, können aber doch verschiedene Folgen nach sich ziehen:

a) Der Dienstverpflichtete kann nach allgemeinen Grundsätzen auf Erfüllung der Pflichten aus § 617 gegen den Dienstberechtigten im Wege der Klage bezw. der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. Z.P.O.) vorgehen. Auch ist unter Umständen das ergangene Urteil gemäß § 709 Ziff. 2 Z.P.O. auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

b) Der Dienstverpflichtete kann statt dessen nach § 626 B.G.B. ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Dienstverhältnis kündigen und nach § 628 Abs. 2 B.G.B. Ersatz des durch die Aufhebung entstehenden Schadens verlangen. In diesem Falle wird nämlich § 628 Abs. 2 anzuwenden sein, obgleich er ein „vertragswidriges Verhalten" voraussetzt und in § 617 nicht eine vertragsmäßige, sondern eine gesetzliche Pflicht verletzt wird. Eine derartige Buchstabeninterpretation wäre aber hier nicht am Platze. Man wird vielmehr mittelst logischer extensiver Interpretation annehmen müssen, daß mit dem Worte „vertragswidrig" eine weitergehendere Bedeutung verbunden und dementsprechend „vertragswidrig" im Sinne des § 628 Abs. 2 B.G.B. auch dasjenige Verhalten ist, durch welches eine Pflicht verletzt wird, die das Gesetz, ohne daß sie einer Bestimmung des gegebenen Dienstvertrages entspricht, generell an Dienstverträge von gewisser Art geknüpft hat. Vertragswidrigkeit kann hier nur als schuldhafte Pflichtverletzung ausgelegt werden.[206])

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten hört bei einer derartigen Kündigung des Dienstverpflichteten natürlich auf zu bestehen, weil nach § 617 Satz 3 nur die durch eine Kündigung des Dienstberechtigten nach § 626 B.G.B. herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht bleibt.

c) Der Dienstverpflichtete kann außerdem, falls den Dienstberechtigten bei der Verletzung der Fürsorgepflicht ein Verschulden trifft, Schadensersatz nach den allgemeinen Grundsätzen beanspruchen.

d) Der Dienstverpflichtete kann sich die „erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung" selber besorgen und den Dienstberechtigten

---

[206]) Ebenso Lotmar a. a. O. S. 245 und im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik Bd. 8 S. 55 sowie Staub S. 277 Anm. 14 zu § 70 H.G.B.; Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., S. 392 Anm. 4 zu § 617 und Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 50 Anm. 30.

nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 679, 683 B.G.B. belangen. Denn ohne die Geschäftsführung des Dienstverpflichteten würde einer Pflicht des Geschäftsherrn (Dienstberechtigten), „deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt", nicht rechtzeitig genügt (§ 679 B.G.B.).[207])

e) Die Polizei ist nicht befugt, auf Befolgung der in § 617 dem Dienstberechtigten auferlegten Pflichten hinzuwirken. Denn die Vorschrift dieses Paragraphen ist lediglich privatrechtlicher Natur und hat mit den öffentlichrechtlichen Befugnissen der Polizei keinerlei Berührungspunkte. Die Polizeibehörde wäre nur dann zum Einschreiten wegen eines Verstoßes gegen § 617 befugt, wenn ihr das Recht hierzu durch Gesetz besonders beigelegt wäre. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß unter Umständen die Polizei kraft der ihr obliegenden Aufgabe, für Leben und Gesundheit der Staatsbürger Sorge zu tragen, zu einer ähnlichen Pflicht berufen ist, z. B. wenn sie bei einer ansteckenden Krankheit für die Unterbringung des Dienstverpflichteten zu sorgen hat. Das geschieht dann aber nicht zum Schutze des Dienstverpflichteten, sondern zum Schutze des Publikums und betrifft nicht im mindesten das Verhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten.

f) Unter Umständen kann auch der Armenverband eintreten, wie sich das aus dem Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870, abgeändert durch das Gesetz vom 12. März 1894, ergibt. Jeder Armenverband, welcher nach Vorschrift dieses Gesetzes einen Hülfsbedürftigen[208]) unterstützt hat, ist dann nach § 62, der gemäß Art. 32 E.G.B.G.B. in Kraft geblieben, „befugt, Ersatz derjenigen Leistungen, zu deren Gewährung ein Dritter aus anderen, als den durch dieses Gesetz begründeten Titeln verpflichtet ist, von dem Verpflichteten in demselben Maße und unter denselben Voraussetzungen zu fordern, als dem Unterstützten auf jene Leistungen ein Recht zusteht".

g) Nach § 27 Abs. 1 Satz 3 L.U.V.G. und § 10 B.U.V.G. hat, sofern die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, die Gemeinde

---

[207]) Zutreffend Oertmann Anm. 2a zu § 679.

[208]) Die Hülfsbedürftigkeit ist nicht durch das Vorhandensein des zur Gewährung der erforderlichen Verpflegung und ärztlichen Behandlung verpflichteten Dienstberechtigten ausgeschlossen, vgl. dazu Wohlers-Krech a. a. O. S. 81.

die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung mit Vorbehalt des Ersatzanspruches zu übernehmen. „Die zu diesem Zwecke gemachten Aufwendungen sind von dem Verpflichteten zu ersetzen." Durch diese Vorschrift soll verhütet werden, daß der Dienstverpflichtete während der Dauer des Streites über die Passivlegitimation des Dienstberechtigten ohne Hülfe bleibt. Der Dienstverpflichtete kann sich hiernach im Falle der Not alsbald an die Gemeinde wenden, welche ihm freie erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung unverzüglich zu gewähren hat. Ist der Dienstberechtigte, gegen welchen die Gemeinde demnächst Regreß nimmt, zahlungsunfähig, so bleibt die Gemeinde allerdings endgültig belastet.

h) In ähnlicher Weise ist jeder Dritte, der für den erkrankten Dienstverpflichteten sorgt, befugt, von dem Dienstberechtigten nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag Erstattung seiner Aufwendungen zu verlangen. Doch hängt sein Recht auf Erstattung vor allem davon ab, ob er die Absicht Ersatz zu verlangen hatte oder nicht (§ 685 B.G.B.). Hielt er sich irrtümlich für verpflichtet, so ist sein Anspruch ausgeschlossen, wenn die Leistung eine sittliche Pflicht war (§ 814 B.G.B.), was beispielsweise bei Geschwistern der Fall sein dürfte.

VIII.

Schluß.

A. Ein Rückblick auf den nach den obigen Ausführungen sich ergebenden Rechtszustand drängt zu der Frage, ob dieser auch ein zweckmäßiger und völlig befriedigender ist. In dieser Hinsicht muß anerkannt werden, daß mit § 617 ein tüchtiger Schritt auf der Bahn sozialpolitischer Entwicklung vorwärts getan ist, und daß § 617 in sich eine Reihe ausbildungsfähiger Keime birgt. Mehr aber auch nicht. Es darf nicht verkannt werden, daß § 617 verschiedene empfindliche Mängel und Fehler enthält. In Form und Inhalt ist er nach mancher Richtung hin ein Unfertiges, ein noch nicht Abgeschlossenes. Er läßt zunächst durch seine unbestimmte und vielseitige Formulierung — vor allem durch seinen eine abstrakte Scheidung unmöglich machenden Begriff „dauernd" — dem subjektiven Ermessen des Richters einen viel zu weiten Spielraum. Der Wortlaut des § 617 allein genügt in keiner Weise, um das Geheimnis seiner Tragweite den Parteien und das seiner richtigen Anwendung dem Richter zu erschließen. Des-

halb können hier — wo es doch wahrlich am wenigsten am Platze sein dürfte — eine große Unsicherheit und Verschiedenheit in der Rechtsprechung verursacht werden, was um so bedenklicher ist, als § 617 wegen der für die Einlegung der Revision erforderlichen Mindestsumme von 1500 Mark nur in sehr seltenen Fällen vor das Reichsgericht zur Auslegung gelangen wird.

Aber auch abgesehen von diesem Einwand gegen die Unvollkommenheit der Fassung. Gegen das ganze Vorgehen des § 617 ist ein prinzipieller Vorwurf zu machen. Auf der einen Seite erscheint es als eine gewisse Unbilligkeit gegenüber den Dienstverpflichteten, daß sie in so mancher Beziehung ungünstiger gestellt sind als die Mitglieder von Krankenkassen. Auf der anderen Seite erscheint es als ungerechtfertigte Härte gegenüber den Dienstberechtigten, daß sie mit der schweren Fürsorgepflicht aus § 617 allein belastet werden. Das trifft namentlich für den kleineren, mit einigen Gesellen arbeitenden Handwerker zu, dem es ohnehin schon schwer wird, gegenüber der mit größerem Betriebskapital und häufig unter günstigeren Produktionsbedingungen arbeitenden Großindustrie seine Existenz zu behaupten, und der sich vielleicht wegen seiner geringen Mittel in Fällen der eigenen Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung nicht gönnt.[209])

Dieser Behauptung wäre allein die Möglichkeit einer Versicherung entgegenzuhalten. Man könnte erwidern, daß es ja dem Dienstberechtigten freistände, für mäßige Leistung das von ihm zu tragende Risiko auf andere abzuwälzen, indem er entweder seine Dienstverpflichteten gegen Erkrankung oder sich selber gegen den ihm aus der Erkrankung der Dienstverpflichteten entstandenen Schaden versichert.[210]) Doch dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Ganz abgesehen davon, daß der Dienstberechtigte dann immer noch die Prämien zu zahlen hätte, daß die Privatversicherungen oft wenig zuverlässig sind, und daß mit der menschlichen Schwäche, eine gegebene Möglichkeit des Schadensausgleiches nicht in vorschauender Überlegung sofort zu benutzen, zu rechnen ist, — ein prinzipieller Mißgriff wird nicht dadurch beseitigt, daß seine schlechten praktischen Folgen bis zu einem gewissen Grade sich heilen lassen. Wäre

---

[209]) Vgl. dazu **Protokolle** S. 288, 289.

[210]) Siehe dazu **Kohler** in der Encyklopädie Bd. 1 S. 571.

das der Fall, so hätte das B.G.B. fast gar keine Fehler. Und wer wollte das bestreiten?

B. Es wäre zweifellos gerechter und ein im Interesse der Humanität erstrebenswertes Ziel, wenn man die Krankenfürsorge des Dienstberechtigten für den Dienstverpflichteten zu einem gewissen Teil auf die Gesamtheit abwälzte und die nicht krankenversicherten Dienstverpflichteten auf gleiche Stufe mit den Krankenversicherten stellte. Man hätte dazu bei der in Aussicht genommenen Gesamtreform des Krankenversicherungsgesetzes auf den schon bei der Beratung des B.G.B. im Reichstage gestellten Antrag,[211]) den § 617 dadurch entbehrlich zu machen, daß § 1 K.V.G. den Zusatz erhalte: „4. in einer häuslichen Gemeinschaft, falls das Dienstverhältnis ein dauerndes ist, das die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt", zurückzukommen. Der Antrag wurde damals mit Recht abgelehnt. Es war unmöglich, eine so weitgehende Bestimmung „mit einem Schlage so nebenher beim B.G.B." anzuordnen. Es wurde aber ausdrücklich dabei von vielen Seiten hervorgehoben, daß man einer derartigen Ausdehnung des K.V.G. geneigt sei.

Im Falle einer bei einer Gesamtreform des K.V.G. möglichen und durchaus angebrachten Änderung in dem angegebenen Sinne wären freilich verschiedene redaktionelle Änderungen des K.V.G. erforderlich. Auch hätte dann neben dem Dienstberechtigten der Dienstverpflichtete zu zwei Dritteln die erforderlichen Beiträge zu zahlen. Doch würden diese sehr häufig vom Dienstberechtigten nicht vom Lohne abgezogen werden, wäre der Anspruch des Dienstverpflichteten — nach der am 1. Januar 1904 in Kraft tretenden Novelle — auf eine Unterstützung von 26 Wochen erweitert, würde die Verpflichtung wegen vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung der Erkrankung nicht mehr wegfallen, würde ein nur tatsächlich bestehendes Dienstverhältnis genügen, wären Strafbarkeit und kurzfristige Verjährung gegeben und erhielte der Dienstverpflichtete noch frühestens vom 3. Tage nach Beginn der Erkrankung bei vorliegender Erwerbsunfähigkeit ein sich nach dem ortsüblichen Tageslohne bemessendes Krankengeld und unter Umständen ein Sterbegeld. Ferner würde damit auch einem schon oft gerügten Mangel des K.V.G., daß nach ihm die Dienstboten nicht versicherungspflichtig sind, in erfreulicher

[211]) Reichstagsplenarsitzungsprotokolle S. 344, 347, 348.

Weise abgeholfen.[212]) Endlich wäre bei einer derartigen Neuregelung ein Zusatz zu § 617, wie ihn Conrad[213]) für wünschenswert hält, „daß nach einer gewissen Dauer des Dienstverhältnisses, von 20 oder 25 Jahren etwa, lebenslängliche Versorgung bei Arbeitsunfähigkeit beansprucht werden kann", dann wohl nicht mehr von nöten.

Der gegen diesen Vorschlag mögliche Einwand, in der Schweiz habe man mit der entsprechenden Vorschrift des Art. 341 Abs. 2 des Obligationenrechts gute Erfahrungen gemacht, kann in dieser Beziehung nicht maßgebend sein. Denn einmal gibt es in der Schweiz noch keine Arbeiterversicherungsgesetzgebung und andererseits gewährt die freiere, gewissermaßen mit prätorischen Befugnissen ausgestattete Stellung des Richters in der Schweiz, die ihn ermächtigt, im einzelnen Falle zu mildern und auszugleichen, eine gewisse Garantie für eine den Verhältnissen des Lebens entsprechende Gesetzesanwendung.[214])

Wie weit bei einer Reform die unklaren und strittigen Begriffe der häuslichen Gemeinschaft, des dauernden Dienstverhältnisses und der vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommenen Erwerbstätigkeit, welche sämtlich mit dem bisherigen Sprachgebrauche des K.V.G. nicht im Einklang stehen, genauer und besser zu bestimmen und mehr dem K.V.G. anzupassen sein werden, vor allem ob der Begriff „dauernd" nicht überhaupt aufzugeben ist und an seine Stelle die „durch die Natur ihres Gegenstandes oder im Voraus durch den Arbeitsvertrag auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche" (§ 1 K.V.G.) nicht beschränkte Beschäftigung zu treten hat, — das zu untersuchen liegt außerhalb des Zieles unserer Schlußworte. Sie wollen nur zu einer Nachprüfung dieser zweifellos überaus wichtigen Frage anregen und beweisen, daß das bisherige Vorgehen zum Schutze der Dienstverpflichteten gegen Erkrankung sich noch in den Anfängen befindet, daß § 617 nur als Notbehelf anzusehen ist, und daß der Zukunft noch große weitere Aufgaben nach dieser Richtung hin vorbehalten sind.

---

[212]) Vgl. z. B. Conrad a. a. O. S. 284 und Silbermann in Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik Bd. 20 S. 372 ff.

[213]) a. a. O. S. 525.

[214]) Vgl. dazu Protokolle S. 287.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.